


EX LIBRIS
P. VINOGRADOFF







RECHTSNORM

UND

SUBJECTIVES RECHT

UNTERSUCHUNGEN
ZUR ALLGEMEINEN RECHTSLEHRE

VON

DR. AUGUST THON

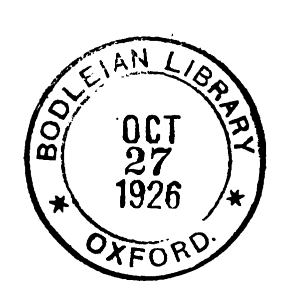
PROFESSOR DER RECHTE ZU ROSTOCK.



WEIMAR

HERMANN BÖHLAU

1878.


BODLEIAN LIBRARY
OCT
27
1926
OXFORD.

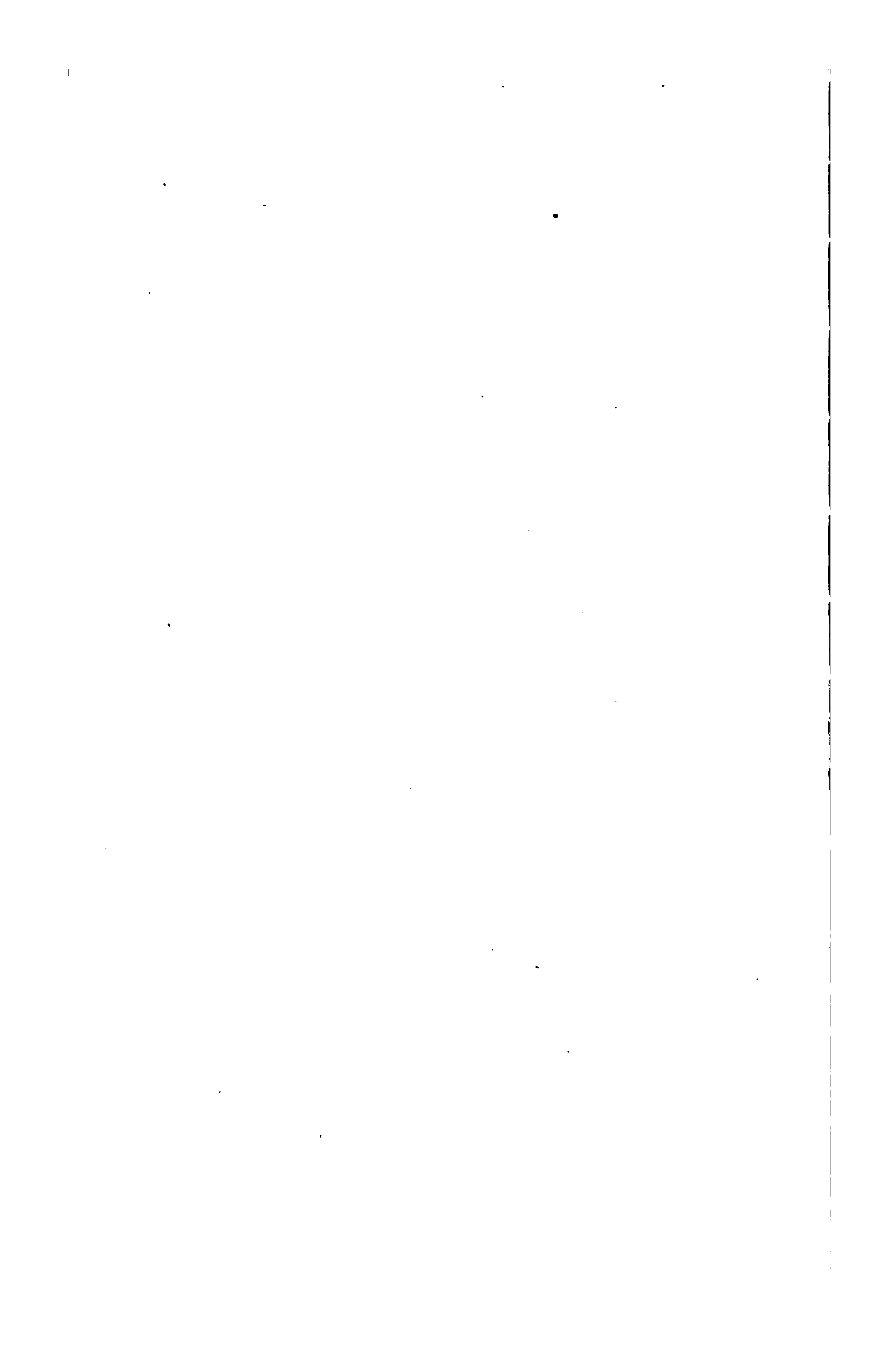
MEINEM VATER

DR. GUSTAV THON

STAATSMINISTER ZU WEIMAR

DANKBAREN HERZENS

GEWIDMET.







VORWORT.

Den nachfolgenden Untersuchungen ist vornehmlich die Aufgabe gestellt, den Begriff des subjectiven Rechts einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Ausgehend von dem Satze, dass alles Recht einer Gemeinschaft in deren Normen bestehe, suchte ich den Punkt zu bestimmen, in welchem das objective Recht zugleich zum Rechte des Einzelnen wird. Nach einer Erörterung über das Wesen der Norm und der Rechtsfolgen ihrer Uebertretung (Abschnitt I und II) war hierzu vor Allem erforderlich, das Verhältniss des Einzelnen zu dem Inhalte der Normen einer genauen Analyse zu unterwerfen. Das Ergebniss derselben war eine Differenzirung dessen, was wir heute mit der gemeinsamen Bezeichnung eines subjectiven Rechts umfassen. Ich versuche den Nachweis, dass wir mit diesem einen Ausdruck heute vier verschiedene und scharf zu trennende Begriffe verbinden, von denen nur der eine, die Anwartschaft auf Ansprüche, die Bezeichnung als »Recht« in Wahrheit verdient (Abschnitt III und IV) — wogegen der Normenschutz für sich allein kein subjectives Recht begründet, der Genuss der normgeschützten Güter aber dem Rechte überhaupt

nicht angehört (Abschnitt VI) und die Befugniss endlich, als rechtliches Können, von dem Begriffe des subjectiven Rechts zu scheiden ist (Abschnitt VII). War aber das letztere als die Anwartschaft auf Ansprüche zu bestimmen, so musste weiter noch der Begriff des Anspruches selbst (Abschnitt V) einer Erörterung unterzogen werden.

Dass eine derartige Differenzirung der heutigen Anschauung entspricht, behaupte ich nicht. Im Gegentheil werde ich mich nur zu oft gegen allgemein herrschende Ansichten wenden müssen. Noch weniger unternehme ich den Nachweis, dass sich die gedachten Begriffe in der Umgrenzung, die ich ihnen geben möchte, allezeit auch in der römischen Auffassung abgespiegelt haben. Was ich darzuthun suche und was ich glücklich wäre, darthun zu können, ist allein, dass die Erscheinungen unseres heutigen Lebens zu einer Construction des Rechts in der Art, wie ich sie versuche, mit Nothwendigkeit drängen. Meine Arbeit gilt dem Rechte der Gegenwart. Fast ausschliesslich halte ich mich daher an das heute geltende Recht, wie ich auch Beispiele und Belege mit Vorliebe den Gesetzen des Deutschen Reichs entlehne. Dass ich schon jetzt auf die neuen Justizgesetze Bezug nehme, wird mir wohl Niemand zum Vorwurfe machen.

Wenn auch die nachstehend behandelten Fragen von allgemeiner Natur sind, so wird doch die Art, wie man dieselben beantworten will, auch für die Rechtssprechung im einzelnen Falle vielfach von präjudicieller und entscheidender Bedeutung sein. So führten diese Untersuchungen oft zu bekannten forensischen Streitfragen, deren Beantwortung sodann von dem gewonnenen Boden aus versucht worden ist. Dagegen habe ich aus äusseren Gründen für jetzt mir versagen müssen, die Unterscheidung von Normenschutz, Recht, Anspruch, Befugniss und Genuss speciell an einigen Lehren durchzuführen, wie z. B. an der vom Verzichte oder

an der Lehre von der Rechtsübertragung. Auch habe ich im Laufe der Darstellung sorglich vermieden, das Problem der juristischen Person zu berühren. Ich that dies, um nicht die Lösung meiner nächsten Aufgabe durch Herbeiziehen einer zweiten vielumstrittenen Materie zu erschweren — obschon gerade an dem complicirteren Mechanismus der juristischen Person das Auseinanderfallen von normgeschütztem Interesse, Genuss, Anspruch und Befugniss vornehmlich sich erproben müsste.

Die Anregung zu diesen Untersuchungen verdanke ich hauptsächlich dem Werke BINDING's (Die Normen I 1872, II 1877), dessen Ergebnisse ich bestrebt war, für das civilistische Gebiet zu verwerthen. Es drängt mich um so mehr, dies offen und freudig zu bekennen, als ich mich im Laufe der Darstellung vielfach gegen BINDING zu wenden habe und der Zustimmung naturgemäss ein engerer Raum als der Polemik zufällt. Auch ist noch während der Ausarbeitung dieser Untersuchungen eine Anzahl von Werken erschienen, welche zum Theil dieselben Fragen behandeln und von denen einzelne bald in dem bald in jenem Punkte zu ähnlichen Ergebnissen gelangen. Ich habe mich bemüht, überall, wo ich Anklänge und verwandte Anschauungen vorfand, solche treulich zu verzeichnen und aufzunehmen. Denn wenn die herrschende Auffassung vom Rechte, wie ich dies glaube, einer Revision in vielen Stücken bedarf, so wird doch dem vereinzelten und darum einseitigen Angriffe wohl eine Verschiebung der Lehre, aber kaum eine Förderung derselben gelingen. Um sie wahrhaft vorwärts zu bewegen, wird es auch fernerhin noch der Bemühungen verschiedener Kräfte bedürfen und namentlich des gleichzeitigen Hebens von mehreren Seiten aus.

Leider war es mir nicht vergönnt, das Werk R. v. IHERING's, der Zweck im Recht (I 1877) bei meiner Arbeit noch zu benutzen. Es kam mir erst zu, nachdem der Druck

dieses Buchs bereits bis auf wenige Bogen beendet war. Die Aufgabe, welche ich mir gestellt habe, ist eine wesentlich andere, als die des citirten Werkes. Mir kam es darauf an, den logischen Aufbau und Zusammenhang des Rechtssystemes aufzuweisen, wenn auch immer mit Rücksicht auf Zweck und Bestimmung der einzelnen Glieder. IHERING aber wendet sich sofort und hauptsächlich zu diesen Zwecken. War es meine Aufgabe, das feste Knochengerüste des Rechtes blosszulegen und daneben nur die Bewegungsfähigkeit der einzelnen Theile zu erörtern, so gilt IHERING's Werk den Muskeln und Nerven, dem bewegenden Apparate selbst. Allein trotz dieser verschiedenen Umgrenzung begegnen sich doch auf den anliegenden Gebieten unsere Ausführungen vielfach. Und da war es mir beim Lesen IHERING's oftmals, als habe ich lange und mühsam im Geiste nach einer halb verlorenen Melodie gesucht, die nun plötzlich rein und voll und gewaltig durchgeführt vor meinem Ohre ertöne. Aber freilich regte sich auch bei manchem Punkte der Widerspruch. Und namentlich sind es drei Sätze, gegen die ich mich sogleich noch hier in aller Kürze erklären möchte.

Der erste Satz betrifft eine Frage, welche für den Zusammenhang meiner Ausführungen allerdings nur von untergeordneter Bedeutung ist: die Frage nach dem Zwecke und nach dem sog. Rechtsgrunde der Strafe. Nach IHERING (S. 480, 481) hat Strafandrohung überall da einzutreten, »wo die Gesellschaft ohne sie nicht auskommen kann - -. Die Bestrafung der einzelnen Handlung ist nur die nothwendige Folge der einmal geschehenen Strafandrohung, ohne sie würde letztere wirkungslos sein«. Beides sei zugegeben: die Strafandrohung hat den Zweck (wenn auch nicht den alleinigen Zweck), von der Normübertretung zurückzuhalten — und dieser Versuch wäre ein vergeblicher, falls der Androhung niemals eine Vollstreckung

folgen würde. Allein mir will scheinen, als ob damit noch nicht die ethische Berechtigung des Mittels dargethan sei, dessen sich die Rechtsordnung in der Strafe zur Wahrung ihrer Interessen bedient. Das Interesse der Gemeinschaft als Zweck der Strafandrohung kann die Bestrafung des begangenen Verbrechens vor unserem Gewissen nicht rechtfertigen. Warum soll der Delinquent der Gesellschaft verfallen sein, so dass diese sein Leiden dazu benutzen darf, um ihren Strafandrohungen für die Zukunft einen grösseren Nachdruck zu geben? Um dies zu rechtfertigen, ist erforderlich, dass uns auch der Verbrecher wegen seiner Begangenschaft selbst als strafwürdig erscheint. Wie wenig dies IHERING in Wahrheit verkennt, geht aus seiner eigenen früheren Darstellung (S. 420 fg.) hervor. Für aussergewöhnliche verbrecherische Thaten, deren Möglichkeit der Katalog unserer Strafgesetze nicht genügend vorgesehen habe, wird hier die Zulässigkeit einer ausserordentlichen, über die Schranken des Gesetzes hinausgehenden Strafe begehrt, zu deren Verhängung sich die Einsetzung eines besonderen »Gerechtigkeitshofes« empfehle. Eine solche Ahndung übersteigt jedoch offenbar den Zweck, die Güter der Gemeinschaft gegen künftige Angriffe zu sichern. Dieser Aufgabe würde der schleunige Erlass eines neuen, ergänzenden Strafgesetzes vollkommen genügen. Wenn trotzdem auch hier die härtere Bestrafung des einzelnen Schuldigen verlangt wird, so kann dies lediglich den Zweck haben, den IHERING hier auch ausdrücklich hervorhebt: »ihn zur verdienten Strafe zu ziehen«.

Von ungleich höherer Bedeutung für den Grundgedanken meiner Deductionen sind die beiden anderen Sätze. IHERING behält auch in diesem neuen Werke die herrschende Auffassung bei, wonach der Genuss rechtlich geschützter Güter selbst Rechtsausübung sei. Gegen sie ist die ganze Beweisführung meines Abschnittes VI gerichtet. Beruht

die herrschende Lehre, wie ich annehme, auf einem Irrthume, so ist dieser Irrthum folgenschwer genug. Er gerade ist es, welcher wiederum die nämlichen Schwankungen in der Begriffsbestimmung des Rechtes zur Folge hat, auf die ich bereits am Schlusse meiner vierten Untersuchung (S. 218 fg.) hinweisen musste. So definirt IHERING nunmehr das Recht (S. 434) als »die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft in Form des Zwangs« und weiter unten (S. 499): »Recht ist der Inbegriff der durch äusseren Zwang d. h. durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft.« Die Sicherung der Lebensbedingungen aber ist begrifflich etwas anderes als der Inbegriff dieser Lebensbedingungen selbst. Meinerseits würde ich nur die erstere Fassung als zutreffend ansehen — ohne freilich auch hier dem Zusatze: »in Form des Zwangs« zustimmen zu können.

Dies führt zu dem dritten und wichtigsten Punkt. Die Differenz der Anschauungen ist hier so gross, dass sie an dieser Stelle nur betont, nicht aber des Näheren ausgeführt werden kann. IHERING erblickt das Wesen des Rechts im Zwange (S. 318 fg.). Und da der Staat »der einzige Innehaber der socialen Zwangsgewalt« sei, wird auch der Staat als »die einzige Quelle des Rechts« bezeichnet (S. 316, 317). Ja, selbst im Staate gebe es für den Juristen »kein anderes Kriterium (des Rechts) als Anerkennung und Verwirklichung desselben durch den Richter« (S. 320).

Mir dagegen erscheint zunächst jede Norm, welche eine menschliche Gemeinschaft als bindend für das gegenseitige Verhalten der Genossen anerkennt, als Rechtsnorm und der Staat sonach nicht als der einzige Schöpfer des Rechts. Allerdings muss man dann auch, wie IHERING treffend bemerkt, von dem Rechte eines staatlich verbotenen Vereines sprechen. Aber ich scheue auch nicht vor dieser Consequenz zurück. Jedes Lehrbuch des Kirchenrechts bespricht die

Verfassung der ersten christlichen Kirche und setzt damit deren Recht in eine Zeit hinein, in welcher sie vom staatlichen Standpunkte aus noch eine verbotene Vereinigung war. Selbstverständlich wird der Staat das Recht verpönter Vereine nicht achten — und weder sich selbst zum Vollstrecker ihrer Normen hergeben, noch auch nur die Zwangsmittel und Strafen innerhalb der Vereinigung als Rechtsausübung gelten lassen. Die Todesstrafe, von dem Mitgliede eines Geheimbundes statutenmässig an dem verrätherischen Genossen vollstreckt, wird in den Augen des Staats ein einfacher strafbarer Mord sein. Dies Alles schliesst aber nicht aus, dass man vom Standpunkte der einzelnen Vereinigung aus von einem Rechte derselben sprechen muss. Dass es lebt, zeigt sich in seiner Wirkung: in seiner Macht über die Gemüther.

Auch wenn wir uns auf staatliches Recht beschränken wollen, scheint es mir zu eng, als »das absolute Kriterium eines jeden wahren Rechtssatzes« zu erfordern, »dass in letzter Instanz stets eine Behörde hinter ihm steht, die ihn nöthigen Falls erzwingt« (S. 337). Hiergegen scheinen mir die Imperative zu sprechen, welche sich in monarchischen Staaten an das oberste Organ der Staatsgewalt wenden und deren Uebertretung principiell folgenlos bleibt — hiergegen, dass man die Strafe, welche der Uebertretung einer Norm folgt, nicht als Erzwingung der letzteren ansehen kann — hiergegen endlich und vor Allem, dass auch der Zwang, soweit er dem Rechte angehört, selbst wieder in Normen aufzulösen ist. Nicht das Zwingen ist Sache des Rechts, sondern das Zwingendürfen und Zwingensollen (unten S. 7 fg.).

Weiter aber würde es mir wiederum zu eng scheinen, von einem Rechte da nur zu sprechen, wo ein Richter zu seiner Erzwingung gesetzt ist. Die Gebote, welche IHERING S. 451 anführt: »Du sollst dem Staate steuern, Kriegsdienste leisten« sind staatliche, auch zwangsweise zu realisirende

Normen — aber nicht das Gericht ist berufen, sie zu vollziehen (unten S. 44. 49).

— — — — — — —

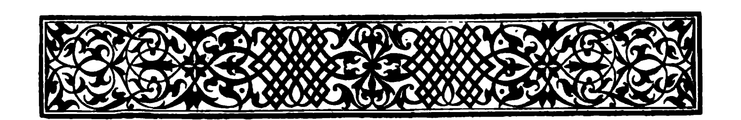
Von dem soeben erschienenen Werke DEGENKOLB's: Einlassungszwang und Urteilsnorm (1877) habe ich die ersten vierzehn Bogen noch während des Druckes meines Buches einsehen und von S. 235 an wenigstens einigermassen benutzen können — Dank der grossen Freundlichkeit des Herrn Verfassers, welcher mir, dem ihm persönlich unbekannten Collegen, auf meine Anfrage nach dem Erscheinen seines, von SOHM bereits citirten Werkes das damals (Mitte November v. J.) Gedruckte in liebenswürdigster Weise zur Verfügung stellte.

Ebenso sei meinem Freunde und hiesigen Collegen, Herrn Professor S. BRIE, für vielfache freundliche Förderung meiner Arbeit auch an dieser Stelle herzlicher Dank gesagt.

Rostock, den 16. Januar 1878.

Der Verfasser.





INHALT.

Seite

I. Die Norm und die Rechtsfolgen ihrer Uebertretung 1

§ 1. Die Norm 1

§ 2. Normen, deren Uebertretung keine Rechtsfolgen nach sich zieht 5

§ 3. Auch die Rechtsfolgen einer Normübertretung bestehen nur in dem Lebendigwerden neuer oder in dem Hinwegfallen bisheriger Imperative 8

§ 4. Nichtigkeit missbilligter Rechtsgeschäfte 11

§ 5. Verhinderung der Normübertretung 14

§ 6. Rechtsfolgen der Normübertretung. Erste Gruppe: Rechtssätze zum Zwecke der Bestrafung. Begriff und Rechtsgrund der Strafe 19

§ 7. Verwirkung und Privatstrafe 29

§ 8. Heutige Geltung der Privatstrafen. Die Lehre WINDSCHEID's 33

§ 9. Verwirkungen zum Zwecke der Entschädigung 39

§ 10. Zweite Gruppe: Rechtssätze zum Zwecke der Ausgleichung. Erste Form: Erfüllungszwang 40

§ 11. Erfüllung ist nicht Entschädigung. HASSE und SCHLOSSMANN 45

§ 12. Erfüllungszwang bei übertretenem Verbote 47

§ 13. Zweite Form: Entschädigung 50

§ 14. Begriff des Schadens und der Entschädigung 52

§ 15. Mittel der Entschädigung 56

§ 16. Actiones poenales und rem persequentes 59

§ 17. Complicationen von Strafe und Ersatz 62

§ 18. Dritte Form: Sicherung 66

§ 19. Ergebniss 69

Seite

II. **Schuldloses Unrecht** 71
- § 1. Heutiger Stand der Frage 71
- § 2. Die Rechtsfolgen einer Normwidrigkeit treten bei schuldlosem Unrechte theilweise ein und theilweise nicht — je nach den Zwecken, welche die Rechtsordnung mittels derselben erstrebt 76
- § 3. Jede Bestrafung setzt Schuld und Zurechnungsfähigkeit des Normübertreters voraus. Dolus und culpa . . 78
- § 4. Die Nichtigkeit missbilligter Rechtsgeschäfte hat eine gleiche Voraussetzung nicht 84
- § 5. Ebensowenig die Erlaubniss zur Verhinderung einer Normwidrigkeit 87
- § 6. Kritik der Lehre Merkel's und Binding's, dass die Normen den Unzurechnungsfähigen nicht gelten . . . 90
- § 7. Erfüllungszwang gegen Unzurechnungsfähige. Sein Endzweck ist nicht auf Beugung des Willens gerichtet 96
- § 8. Auch hat er keine Schuld des Pflichtigen zur Voraussetzung 99
- § 9. Quellenbeweis 102
- § 10. Erfüllungszwang in Ansehung secundärer, zwecks Entschädigung oder Sicherung erlassener Normen . . 104

III. **Oeffentliche und private Rechte** 108
- § 1. Eine Abgrenzung der öffentlichen und privaten Rechte kann nicht durchgeführt werden auf Grund einer Verschiedenheit in der Entstehung oder in dem allgemeinen Inhalte der Normen 108
- § 2. Noch auch nach den Personen, an welche die Normen sich richten 109
- § 3. Ebensowenig nach den Interessen, deren Schutz die Normen bezwecken. Gegen Bruns 109
- § 4. Auch ist das Privatunrecht kein mittelbares Unrecht. Kritik der Ansichten von Haelschner und Lenel . 114
- § 5. Das unterscheidende Moment liegt in den Rechtsfolgen, welche die Uebertretung einer Norm nach sich zieht. Erst die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung (der Anspruch) verleiht ein subjectives Recht, die Art des Anspruchs entscheidet zwischen öffentlichem und privatem Rechte 120
- § 6. Jedoch ist der Zweck der Anspruchsertheilung (Strafe oder Erfüllung) für die Eintheilung nicht zu verwerthen 123
- § 7. Noch auch der Umstand, ob den Anspruch zu erheben zugleich Pflicht ist. Oeffentliche Rechte sind nicht als solche mit Verpflichtungen gepaart. Gegen Brinz 125

Seite

§ 8. Fixirung des Begriffs Privatrecht. Sein Kennzeichen ist der Privatanspruch 131
§ 9. Abgrenzung von den öffentlichen Rechten 134
§ 10. Antragsdelicte 136
§ 11. Privatrechte des Staats 138
§ 12. Verpflichtungen des Staats 140
§ 13. Ergebniss 143
§ 14. Privatrecht und Vermögensrecht fallen nicht zusammen 144

IV. Die einzelnen Privatrechte 147

§ 1. Der Rechtsschutz persönlicher Güter. Analyse desselben. Das Privatrecht der Persönlichkeit 147
§ 2. Der Rechtsschutz sachlicher Güter 154
§ 3. Verwerfung der Lehre von Ansprüchen gegen Jedermann 156
§ 4. Begriff und Merkmale des Eigenthums 161
§ 5. Der Eigenthumsschutz besteht in dem Verbote des Genusses fremder Sachen, nicht in dem Verbote der Behinderung des Eigenthümers 166
§ 6. Der Begriff des dinglichen Rechts und SCHLOSSMANN's Angriff gegen denselben 170
§ 7. Der Normenschutz allein für sich gewährt noch kein subjectives Recht 175
§ 8. Zum subjectiven Rechte wird das Eigenthum erst, soweit die Rechtsordnung dem Eigenthümer Ansprüche zwecks Realisirung der ihn schützenden Verbote zuspricht 178
§ 9. Die übrigen dinglichen Rechte und vornehmlich das Pfandrecht 181
§ 10. Die Familienrechte 186
§ 11. Die Obligation. Deren Auffassung bei HARTMANN und SOHM. Der Begriff der Spannung ist für die Construction der Obligation unbrauchbar 191
§ 12. Die Obligation negativen Inhalts ist Verbot, nicht Gebot. Gegen WINDSCHEID 199
§ 13. Definition der Obligation 202
§ 14. Das Zweckmoment im Obligationsbegriff 205
§ 15. Die Ansicht von BRINZ 206
§ 16. NEUNER's allgemeine Bürgerpflicht 207
§ 17. Entstehungsgründe der Obligation. BINDING und SCHLOSSMANN 211
§ 18. Der Begriff des Erbrechts 215
§ 19. Ergebnisse. Der Begriff des subjectiven Privatrechts . 216
§ 20. Die Definitionen von IHERING und WINDSCHEID 218

Seite

V. **Der Anspruch** 223
§ 1. Die Anspruchsgewährung in formaler Beziehung . . . 223
§ 2. Anspruchsertheilung durch Rücknahme von Imperativen. Rechtsverfolgung durch eigenes Vorgehen 224
§ 3. Anspruchsertheilung durch Erlass neuer, bedingter Imperative. Rechtsverfolgung vor staatlichen Organen . 226
§ 4. Mögliche Einwendungen gegen den Zusammenhang von Recht und Rechtshülfe 228
§ 5. Die Lehre SOHM's 235
§ 6. Recht auf Condemnation? 244
§ 7. Das private Recht und insbesondere die Obligation nach der Auffassung SOHM's 245
§ 8. Zusammenhang zwischen actio und Recht 248
§ 9. Normwidrigkeit als Voraussetzung des Anspruchs . . . 250
§ 10. Normwidrigkeit als Voraussetzung der Anspruchsverjährung 254
§ 11. Das Klagrecht ist sofort mit Begründung des Anspruchs gegeben. Gegen WINDSCHEID 257
§ 12. Die Möglichkeit eines begründeten Einredevorbringens hebt den gegnerischen Anspruch auf. Der exceptionsmässige Anspruch ist nicht gehemmter, sondern nie entstandener oder erloschener Anspruch 261
§ 13. Der Anspruch in Form der Einrede. Kategorie der rechtsverfolgenden Einreden. Insbesondere die exceptio non adimpleti contractus 266
§ 14. Die Compensationseinrede nach SCHWANERT und EISELE 270
§ 15. Weitere Beispiele. Die Anfechtung in der Defensive . 272
§ 16. Exceptionsmässigkeit ist nicht Anfechtbarkeit 275
§ 17. Nicht jedes Bestreiten auf Grund eines entgegenstehenden Rechts ist Erheben einer rechtsverfolgenden Einrede 276
§ 18. Verjährung des Anspruchs 279
§ 19. Ansprüche willenloser Personen 282

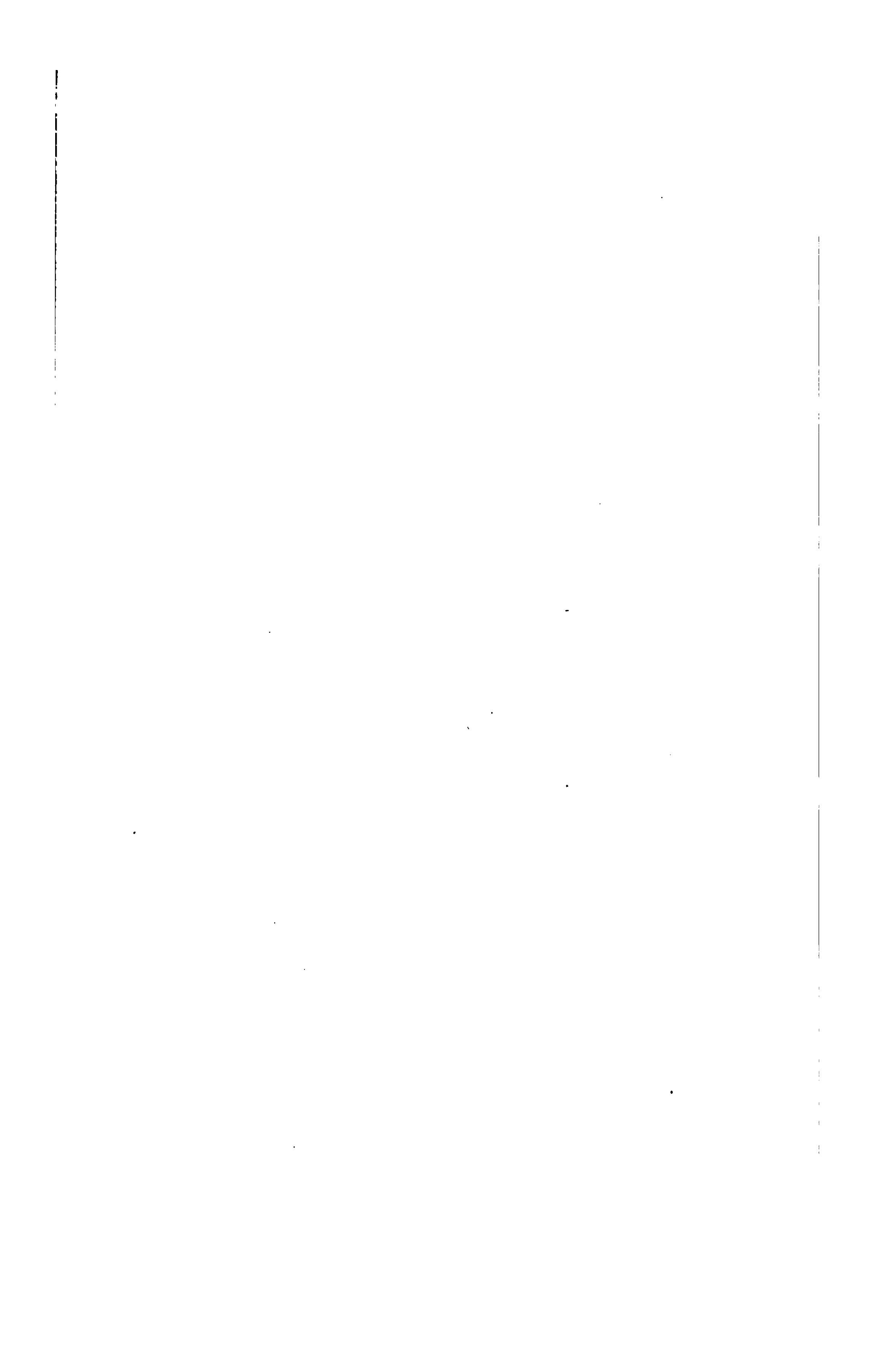
VI. **Genuss** 288
§ 1. Kritik der herrschenden Lehre. Der Genuss persönlicher und sachlicher Güter wird durch das Recht nur geschützt, nicht gewährt 288
§ 2. Ein Erlauben ist nicht Sache des Rechts 292
§ 3. Genuss durch willensunfähige und durch rechtlose Menschen 293
§ 4. Stellung des Rechts zu unsittlichen Genussarten . . . 296
§ 5. Das Dogma vom dinglichen Rechte als einer unmittelbaren Herrschaft über die Sache. Bedeutung des Satzes 300

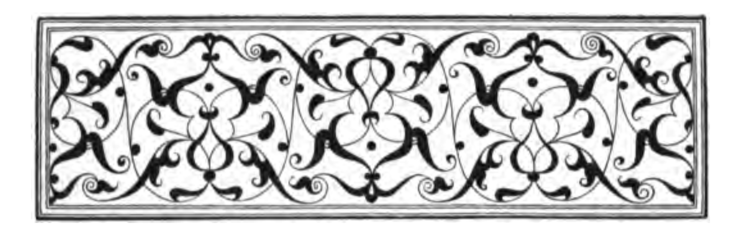
Seite

§ 6. Consequenzen der herrschenden Lehre. Der Fruchtbezug des Pächters 304
§ 7. Verhältniss des Miethers zum Vermiether und zu dritten Personen betreffs der gemietheten Sache. Die Lehre ZIEBARTH's und SOHM's. Detention zu eigenem Interesse ein dingliches Recht? 308
§ 8. Die Entwicklung der superficies zum dinglichen Recht 318
§ 9. Ergebniss. Bedenken wider dasselbe, dem Sprachgebrauche der Quellen entnommen 320
§ 10. Die Bedeutung des factischen Genusses für das Recht 322

VII. **Befugniss und Rechtsgeschäft** 325
§ 1. Die herrschende Lehre 326
§ 2. Die Befugniss, über ein Recht zu disponiren, ist niemals Inhalt dieses Rechts 327
§ 3. Nachweis dieses Satzes. Auseinanderfallen von Recht und Dispositionsbefugniss 329
§ 4. Fortsetzung. Dispositionen über das ganze Vermögen . 333
§ 5. Die Befugniss. Deren Verschiedenheit von Normenschutz, von Recht und von Anspruch 335
§ 6. Die Befugniss ist rechtliches Können 338
§ 7. Bezeichnungen für dieselbe 341
§ 8. Können, Dürfen und Sollen 343
§ 9. Die Befugniss als die Möglichkeit, die Vorbedingung für den Eintritt oder das Erlöschen einzelner Imperative zu erbringen 345
§ 10. Ausübung einer Befugniss ist Rechtsgeschäft. Die gewöhnliche Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts und dreifache Bedenken gegen dieselbe 350
§ 11. Rechtsgeschäft und Delict 355
§ 12. Bedeutung des Rechtsgeschäfts. Insbesondere der rechtsgeschäftliche Wille 358
§ 13. Zusammentreffen von Delict und Rechtsgeschäft . . . 366
§ 14. Abgrenzung des Rechtsgeschäfts von den übrigen juristischen Thatsachen 370







I.

Die Norm und die Rechtsfolgen ihrer Uebertretung.

1. Seit HEGEL[1]) ist es üblich, das Recht im objectiven Sinne als den allgemeinen Willen zu bestimmen. Und in der That giebt diese Bezeichnung »in formaler Beziehung das Wesen desselben in einer Weise wieder, wie sie nicht treffender und kürzer gedacht werden kann«[2]). Mag das Recht einer Gemeinschaft und vornehmlich das des Staats[3]) im Gesetze seinen Ausdruck gefunden haben oder sich im Leben der Gemeinschaft offenbaren, immer drückt es den Willen dieser letzteren aus[4]). Und zwar richtet sich dieser

---

[1]) HEGEL, Philosophie des Rechts, § 82 Zusatz. Ich lasse übrigens dahin gestellt, ob wirklich der »allgemeine Wille« HEGEL's als Wille der Gemeinschaft zu denken ist; vgl. § 29. 34. 81 ebenda.

[2]) IHERING, Geist des röm. Rechts III 3. Aufl. S. 318.

[3]) Aus praktischen Gründen werde ich mich in diesen Untersuchungen auf das Recht der obersten Rechtsgemeinschaft, des Staates, beschränken.

[4]) Im Gesetze den Willen derjenigen Personen, deren Willen (in gewisser Art gefasst und verkündet) nach dem Rechte des einzelnen Staats als Wille dieses Staats zu gelten hat. Die Befugniss der legislativen Organe, ihren Willen als Willen des Staats zu setzen, wird freilich in letzter Instanz immer nur auf eine gewohnheitsrechtliche Satzung zurückzuführen sein. Insofern ist das Gesetz nur eine abgeleitete Rechts-

Wille der Gemeinschaft wieder an das Wollen der Einzelnen[5]). Im Rechte sucht die Rechtsordnung (im Sinne von den das Recht erzeugenden Factoren) den ihren Satzungen Unterworfenen einen Impuls zu einem bestimmten Verhalten zu geben, mag nun das gewünschte Verhalten in einem Thun oder Unterlassen bestehen. Dieser Impuls erfolgt durch Befehle bald positiven bald negativen Inhalts. Gebote und Verbote belassen die natürliche Freiheit dessen, an den sie sich richten.[6]) Thatsächlich können beide unbefolgt bleiben: allein Unterlassen und Thun ist dann dem Rechte zuwider, ist Normwidrigkeit oder Unrecht[7]). Einem (jeden selbstständigen) Rechtssatze liegt ein »Du sollst« oder »Du sollst nicht« (im Sinne von »Du darfst nicht«) zu Grunde — ein iubere oder vetare, wie CICERO bereits treffend bemerkt[8]). Mögen auch oftmals die Gebote und

quelle. Vgl. jetzt auch BIERLING, zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, I (1877) S. 96.

[5]) Mögen diese Einzelnen Privatpersonen sein oder andere staatliche Organe ausser der Legislative. Inwieweit auch die Willensäusserung der Gemeinschaft betreffs ihres eigenen künftigen Verhaltens nicht bloss als Verkündigung ihres Entschlusses erscheint, sondern ihr eine Verpflichtung auferlegt und damit Recht erzeugt, muss hier noch unerörtert bleiben.

[6]) Anders wie das Naturgesetz, dessen »Verwirklichung in Nothwendigkeit beruht.« BRINZ, Pandekten, 2. Aufl. I S. 91.

[7]) Vorbehältlich der Frage, ob zum Begriffe des Unrechts ein Verschulden auf Seiten des Verpflichteten gehört, — was im zweiten Abschnitte untersucht werden soll.

[8]) pro Flacco VII § 15 »iuberi vetarique —« de legibus II c. 4 § 8 »— legem esse aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, imperandi prohibendique sapientia — aut cogentis aut vetantis — ad iubendum et ad deterrendum idonea« § 9 »iussa ac vetita populorum.« Wenn MODESTIN in l. 7 de legibus 1, 3: »legis virtus haec est imperare vetare permittere punire« zu den Functionen des Gesetzes ausser dem Gebieten und Verbieten auch Gewährung und Bestrafung zählt, so ist dies ungenau. Denn das punire bezeichnet nur den Zweck gewisser Rechtssätze, nicht ihren Inhalt — abgesehen davon, dass die Bestrafung doch bereits eine Normwidrigkeit, mithin ein vorausgegangenes Gebot oder Verbot voraussetzt. Betreffs des permittere aber

Verbote des Rechts äusserlich nicht als solche erscheinen und sich erst mittelbar aus den Folgen bestimmen lassen, die ihrer Uebertretung gedroht sind[9]): begrifflich liegt doch in jedem Rechtssatze ein Imperativ, ein praeceptum legis [10]), oder, wie wir heute zu sagen pflegen, eine Norm.

Mit ihren Imperativen wendet sich die Rechtsordnung lediglich an Menschen. Wie alles Recht von Menschen ausgeht [11]), so werden auch seinen Satzungen nur Menschen unterworfen[12]). Auch sind es die Interessen der Gemeinschaft und mithin menschliche Interessen, deren Schutz die Verbote, deren Förderung die Gebote bezwecken. Nicht blind und ziellos erlässt die Rechtsordnung ihre Befehle;

---

vgl. Abschnitt VII § 9. Richtiger bezeichnet derselbe MODESTIN in l. 52 § 6 de obl. et act. 44, 7 den Gegensatz der rechtlichen Verpflichtungen dahin: »quae fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur.«

[9]) So bei den actiones honorariae durch deren Aufstellung erst mittelbar ein Recht und eine demselben entsprechende Verpflichtung geschaffen ward; so bei unseren heutigen Strafgesetzen, welche gleichfalls die Norm, gegen deren Uebertretung sie sich richten, in ihrem ersten, den Thatbestand bestimmenden Theile enthalten. Vgl. BINDING, die Normen und ihre Uebertretung I (1872) S. 29 fg. BRINZ, a. a. O. S. 209.

[10]) l. 37 § 1 de minoribus 4, 4 l. 52 § 5 de obl. et act. 44, 7 l. 41 de poenis 48, 19, c. 9 C. de legibus 1, 14 : »Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel permissa sectentur.«

[11]) Es kann dahin gestellt bleiben, ob sich nicht auch in thierischen Gemeinschaften Gewohnheiten finden, die eine gewisse rechtliche (d. h. auf einem Verpflichtungsgefühl beruhende) Ordnung verrathen. Gewisse Anzeichen hierfür geben uns namentlich einzelne Gemeinwesen der Insecten, am Auffälligsten wohl das der Sclaven machenden Ameisen. Indessen besteht jedenfalls zwischen Mensch und Thier keine Rechtsgemeinschaft, so dass etwaige Spuren von thierischem Rechte auf sich beruhen können.

[12]) HÖLDER, Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft XXVI (1870) S. 663: »Ist der Staat Macht und zwar eine Macht, der es wesentlich ist, auf den Willen zu wirken, so sind Object dieser Macht die Menschen im Staat und nur sie.«

und Zweck ist ihr auch nicht[13]), den Gehorsam der Normunterworfenen zu prüfen. Nicht das Gehorchen liegt ihr am Herzen, sondern die Folgen desselben. Sie wünscht das Verbotene fernzuhalten, das Gebotene zu erreichen. Ihre Befehle sind nur ein Mittel zu diesem Zwecke. Sie wünscht es: d. h. sie achtet es in ihrem Interesse — das Interesse der Gemeinschaft bestimmt die Rechtssetzung[14]). Dies schliesst nicht aus, dass es häufig besondere Interessen Einzelner sind, die zunächst Schutz und Förderung finden sollen; so dass hier das Interesse der Gesammtheit thatsächlich nur mittelbar in Betracht kommt[15]). Ja, es ist nicht ausgeschlossen, dass die menschliche Gemeinschaft aus thierfreundlicher Gesinnung auch den Schutz der Thiere in gewisser Weise übernimmt und damit dem Wohle derselben absichtlich und bewussterweise zu Hülfe kommt[16]). Dies aber zeigt weiter, dass die Interessen der Gemeinschaft, denen das Recht dient, nicht immer als materielle Interessen aufzufassen sind. Wie jede Norm der in der Gemeinschaft lebenden Idee von dem, was gerecht sei, entspringen soll, so kann auch denkbarerweise das ganze Interesse, welches die Gesammtheit an der Ausführung ihrer

[13]) Wenigstens regelmässig nicht. Einem einzelnen Gesetze kann denkbarerweise, wie in der Sage von Gesslers Hut, lediglich der Zweck zu Grunde liegen, den Gehorsam zu prüfen und zu stärken.

[14]) Oder es sollte sie doch allein bestimmen. Thatsächlich freilich kann ein Gesetz die Interessen der Gemeinschaft erheblich schädigen und es kann dies sogar beabsichtigt sein, falls die legislativen Factoren ihrer Pflichten vergassen.

[15]) Ueber die Wechselbeziehungen zwischen den Interessen des Gemeinwesens und der Einzelnen vgl. Abschnitt III § 3.

[16]) So bei dem Verbote der Thierquälerei. Der Ausspruch von Brinz a. a. O. S. 90: »Das Recht ist ein Gesetz, welches den Menschen zum Anlass, Gegenstand, Zweck und Urheber hat« ist mithin einigermassen einzuschränken. Freilich wird den Thieren der Schutz nicht in Gestalt eines ihnen gewährten Rechtes zu Theil; vgl. Abschnitt IV § 7 a. E.

Befehle hat, lediglich in der Befriedigung des Gerechtigkeitstriebes beruhen, der jene Befehle entstehen liess[17]).

2. Von den Imperativen selbst sind begrifflich die Folgen zu scheiden, welche Seitens der Rechtsordnung einer Uebertretung der ersteren gedroht sind. Ehe aber noch die verschiedenen Rechtsfolgen der Normwidrigkeit in das Auge gefasst werden können, scheint es räthlich, sofort einigen möglichen Missverständnissen vorzubeugen. Einmal der Annahme, als ob das Wesen des Rechts oder doch der alleinige praktische Werth desselben in den Rechtsfolgen zu finden sei, welche das Unrecht nach sich zöge. Weiter der Auffassung, als ob diese Rechtsfolgen in etwas anderem bestehen könnten, als wiederum nur sei es in dem Neueintritt, sei es in der Zurücknahme von Imperativen. Und endlich dem Scheine, als ob sich die Rechtsordnung damit begnügen müsse, ihre Befehle zu geben und alsdann bis zu einer Uebertretung derselben zu warten, um neuerdings gegen die begangene Normwidrigkeit zu reagiren.

Hin und wieder findet sich die Behauptung[18]), dass die Imperative, welche das Verhalten der Menschen in gewisser Weise bestimmen sollen, überhaupt nicht dem Rechte, sondern lediglich der Moral zugehören. Die Norm »Du sollst nicht stehlen« z. B. sei kein Verbot des Rechts, sondern ein »Gebot der Moral«. Erst die Strafe, die den Dieb treffe, erst der Zwang, der gegen ihn behufs Rückgabe des Entwendeten oder Ersatz der Schädigung eintrete, sei Sache des Rechts. Diese Auffassung fällt in sich zusammen, sobald der Nachweis erbracht wird, dass ja auch diese dem Rechte zugesprochenen Folgen der Normübertretung lediglich in dem Eintritt neuer und in der Zurück-

[17]) So bei den Imperativen an die mit der Strafjustiz betrauten Behörden, gegen den Verbrecher einzuschreiten.

[18]) Vornehmlich bei Cohnfeldt, die Lehre vom Interesse (1865) S. 28. Vgl. Abschnitt VII § 11.

nahme bisheriger Imperative bestehen. Die Normen aus dem Gebiete des Rechts verbannen heisst mithin das Dasein eines solchen überhaupt in Abrede stellen.

Derselbe Nachweis wird aber auch zur Correctur einer anderen weitverbreiteten Anschauung dienen. Oft werden zwar die Normen als solche des Rechts anerkannt — allein ihr praktischer Werth, ihre Macht und Bedeutung werden für den Fall in Zweifel gezogen, dass ihre Uebertretung rechtlich folgenlos bleibt. Man lächelt dann über das ohnmächtige Recht, das in nichts anderem als einem Befehle beruht. Nun wird sogleich ausgeführt werden, dass eine jede Berechtigung, selbst diejenige, die im Falle der Verletzung mit dem schneidigsten Straf- und Erfüllungszwang ausgestattet ist, doch nur in einem Complexe von Imperativen besteht, von denen der folgende stets durch die Nichterfüllung des vorangehenden bedingt ist, deren letzter aber im Falle der Uebertretung jedenfalls folgenlos bleibt. Das ganze Rechtssystem besteht hiernach aus Normen. Will man die Norm als solche gering achten, nun gut: dann spricht man eben dem gesammten Rechte nur eine geringe Bedeutung zu. Denn unmöglich kann eine an sich ohnmächtige Norm dadurch zur vollkräftigen werden, dass sich im Falle ihrer Uebertretung eine andere ohnmächtige Norm an sie anschliesst.

Die Geringachtung der nackten Norm beruht indessen auf einer Unterschätzung der idealen Macht, die der Wille der Gemeinschaft auf jeden in ihr Lebenden ausübt. Knüpft sich auch keine Rechtsfolge an die Uebertretung der Norm, schon die Thatsache ihres Bestehens ist oftmals praktisch unschätzbar. Zum Beweise sollen nicht die Sätze des Völkerrechts angeführt werden. Denn allerdings sind diese heute noch unvollkommen genug. Allein nicht sowohl um desswillen, weil hier weder eine Folge ihrer Uebertretung bestimmt ist noch auch eine Instanz, welche etwaige Folgen

vollziehen könnte. Die Schwäche des Völkerrechts liegt vor Allem darin, dass das Gemeingefühl der Staaten auch nicht annähernd derart erstarkt ist, wie das Gemeingefühl der Einzelnen im Staate — und dass mithin eine Nichtbefolgung des allgemeinen Willens hier weder so sicher noch so intensiv den allgemeinen Unwillen hervorruft. Wohl aber mögen die Normen des Staatsrechts zum Beweise dienen, von denen oft gerade die fundamentalsten im Falle der Uebertretung ohne Rechtsfolge bleiben. Ja, in monarchischen Staaten ist das oberste Organ der Staatsgewalt principiell unverantwortlich. Sämmtliche Normen, die ihm Verpflichtungen auferlegen, können daher nichts anderes als nackte Normen sein [19]). Um desswillen allein wird ihnen aber nicht der Werth abgesprochen werden dürfen. Er besteht in der ganzen Wucht des allgemeinen Willens, der sich in der Norm an den Willen des ihr Unterworfenen wendet [20]). Der Zwang ist kein wesentlicher Bestandtheil im Begriffe des Rechts [21]).

3. Von Rechtsfolgen der Normwidrigkeit wird zumeist in einer Art gesprochen, welche eine gewisse Geneigtheit erkennen lässt, diese Rechtsfolgen selbst nicht auch zu den Normen zu zählen, sondern sie begrifflich von diesen zu scheiden. Dem gegenüber muss mit aller Entschiedenheit betont werden, dass auch die Rechtsfolgen der Normübertretung, mögen sie nun der Bestrafung des Uebertreters oder andern Zwecken dienen, wiederum nur in dem Lebendigwerden

[19]) Ebenso verhält es sich im deutschen Reiche hinsichtlich des Kaisers. »Das einzige Bundesmitglied, welches zugleich Organ der Reichsgewalt ist« (Laband, das Staatsrecht des deutschen Reiches S. 214), ist nicht verantwortlich, unterliegt aber nach der Reichsverfassung rechtlichen Verpflichtungen. Vgl. Abschnitt III Anm. 36.

[20]) Mit Recht macht Bekker, Aktionen I S. 11 darauf aufmerksam, dass auch jedes Gewohnheitsrecht zunächst eine blosse Norm ist.

[21]) Bierling, a. a. O. S. 140 fg.

neuer oder in dem Hinwegfall bisheriger Imperative bestehen. **Das gesammte Recht einer Gemeinschaft ist nichts als ein Complex von Imperativen,** welche insofern mit einander verknüpft und verbunden sind, als die Nichtbefolgung der einen für andere häufig die Voraussetzung des Befohlenen bildet.

Ein Beispiel möge dies erläutern. Das Verbot: »Du sollst nicht tödten!« wendet sich an alle der Norm Unterworfene. Wird es von einem der Letzteren vorsätzlich verletzt, so verlangt die Rechtsanschauung, die sich zur Zeit noch in Geltung erhalten hat, dass der Mörder um seiner That willen mit dem eignen Leben büsse. Allein die Hinrichtung des Mörders ist keineswegs die Rechtsfolge des Mordes[22]). So wenig wie das Gesetz das Verbrechen zu hindern vermochte, so wenig vermag es an den Mord ohne Weiteres den Tod des Thäters zu knüpfen. Das Gesetz vermag nur darauf hinzuwirken, dass den Verbrecher die bestimmte Strafe treffe. Hierzu bieten sich der Rechtsordnung zwei Wege dar. Sie kann zunächst dem Verbrecher allgemein den Schutz entziehen, den sie bisher seiner Person zu Theil werden liess. Die Imperative, welche bis dahin sein Leben so gut wie das der Uebrigen schirmten, fallen nunmehr um seiner That willen hinweg. Sein Leben wird der Willkür eines Jeden preisgegeben: wer ihn erschlägt, handelt keinem Verbote zuwider. In dieser Weise war im alten Rom der homo sacer[23]), im altdeutschen Rechte der Friedlose[24]), im Mittelalter der der Ober-

22) Die Hinrichtung ist ein thatsächlicher Vorgang, der denkbarerweise auch an einem Unschuldigen vollstreckt werden kann, während der Schuldige sich ihm entzieht. Rechtsfolge des Mordes ist nur, dass der Mörder hingerichtet werden soll, nicht aber, dass er hingerichtet wird.

23) Livius III, 55: »— eum ius fasque esset occidi, neve ea caedes capitalis noxae haberetur.«

24) Welcher darum wargus war d. h. ausgestossen wie der Wolf.

acht Verfallene[25]) eines jeden Rechtsschutzes bar. Aber dem entwickelteren Rechtsgefühl widerstrebt es, den Verbrecher um irgend einer That willen einem Jeden preiszugeben. Andererseits soll die Strafe des Todes den Mörder sicher ereilen und nicht von dem Belieben der Einzelnen abhängig sein. Darum werden einmal die den Verbrecher schützenden Imperative nicht Jedermann gegenüber aufgehoben; nur bestimmten staatlichen Organen gegenüber cessiren sie heute. Diesen letzteren aber wird zugleich mit dem Dürfen auch die Pflicht auferlegt, gegen den Mörder einzuschreiten: den Verdächtigen zu verhaften, den Schuldigbefundenen zu verurtheilen, an dem Verurtheilten die Strafe zu vollstrecken. Ein begangener Mord ruft sonach heut zu Tage die Imperative wach, welche an die mit der Strafjustiz betrauten Organe sich richten[26]) und die

---

[25]) Proscriptionsformel Heinrichs VII. 1309: »— wir verbieten sie ieren vreunden und erlauben sie ieren veinden.«

[26]) Binding, Normen I S. 11—14 bestreitet, dass das Strafgesetz — womit ich mit Binding nicht die Norm, welche nicht übertreten werden soll, sondern nur die Strafandrohung im Falle ihrer Uebertretung verstehe — den Richter und Executionsbeamten verpflichte; der Staat lege vielmehr mit dem Strafgesetze nur sich selbst eine Verpflichtung zu strafen auf. Dem hiergegen bereits erhobenen Widerspruche (vgl. namentlich Bierling, Göttingische gelehrte Anzeigen 1873 S. 402 fg., sowie v. Bar, Krit. Vierteljahrsschrift 1873 Bd. XV S. 562 und Wach, Gerichtssaal 1873 Bd. XXV S. 436) muss ich ebenfalls beitreten. Nach Binding's eigener Lehre können Rechtsgebote nur an Menschen ergehen und nur von solchen übertreten werden. Welchem Menschen im Staate gilt nun das Gebot: der Dieb soll mit Gefängniss bestraft werden? Läge die gesammte staatliche Gewalt, insbesondere die Gesetzgebung, Strafrechtspflege und Strafvollstreckung, in der Hand eines einzigen Menschen: dann würde in der Verkündung eines Strafgesetzes nur der Ausdruck eines Entschlusses liegen, in gewissen Fällen in gewisser Weise zu strafen. Zur Ausführung seines Entschlusses verpflichtet hätte sich aber der Gesetzgeber Niemand gegenüber. Namentlich hätte weder der Verbrecher ein Recht auf Strafe noch der Verletzte ein Recht auf Bestrafung des Verbrechers gewonnen. Dies wird auch dadurch nicht anders, dass thatsächlich die staatliche Gewalt ver-

Verfolgung und Bestrafung des Mörders zum Zwecke haben. Dem pflichtmässigen Vorgehen dieser Organe gegenüber fallen zugleich die Imperative hinweg, welche Freiheit und Leben des Mörders vor seiner That gegen Jedermann und nach derselben noch gegen jeden Unbefugten schützen. Dies Dürfen und Sollen der staatlichen Organe ist die Rechtsfolge des Mordes. Befolgen die gedachten Behörden die an sie ergangenen Gebote nicht, so lässt auch diese Normwidrigkeit wiederum nur neue Imperative leben-

---

schiedenen Organen zusteht. Wohl aber macht es das complicirtere Verhältniss der staatlichen Organisation möglich, dass die gesetzgebende Gewalt anderen staatlichen Organen Verpflichtungen auferlegt. So können auch betreffs der Strafrechtspflege den verschiedensten Behörden durch die Legislative Verpflichtungen auferlegt werden: der regierenden Gewalt, für die Anstellung von Untersuchungsrichtern, Staatsanwälten, Strafrichtern und Executionsbeamten Sorge zu tragen; den Richtern, unter bestimmten Voraussetzungen, deren Vorhandensein sie nach bester Ueberzeugung zu prüfen haben, einen Menschen zu einer bestimmten Strafe zu verurtheilen; dem Executionsbeamten, die rechtskräftige Sentenz zu vollstrecken. Diesen sämmtlichen staatlichen Organen gilt nun auch das Strafgesetz. Vornehmlich aber dem Strafrichter. Ja, nur dieser ist in der Lage, die eigentliche Strafsatzung befolgen oder übertreten zu können. Denn über Art und Höhe der Strafe hat er allein und unabhängig zu befinden. Nur der Richter kann normwidrig den Dieb zu sechs Jahren Gefängniss, den Mörder zu lebenslänglichem Zuchthause verurtheilen. Nun ist freilich Binding zuzugeben: »Ein Richter, der ein gültiges Gesetz vorsätzlich seinem Urtheile nicht zu Grunde legt, verletzt nicht das von ihm vernachlässigte Gesetz, bald das wider den Mord, bald das wider den Hochverrath, .. sondern immer eine und dieselbe Pflicht: seinen Urtheilen das geltende Recht zu Grunde zu legen.« Allein das Nämliche gilt, nur noch in höherem Grade, von den »mit der Strafgerichtsbarkeit im weiteren Sinne« (ich würde sagen: mit der Strafjustizverwaltung) betrauten Organen. Wenn diese ihre Pflichten verletzen, wenn der Minister z. B. nicht rechtzeitig für »die Bestellung des öffentlichen Anklägers« Sorge trägt: so übertritt auch er doch wahrlich nicht bald das Strafgesetz wider den Mord, bald das wider den Hochverrath, sondern stets nur die Pflichten seiner ministeriellen Stellung. Die Schwierigkeit schwindet, wenn man die Natur der Strafsatzungen schärfer bestimmt. Sie sind keine selbstständigen Imperative, sondern begriffsentwickelnde Rechtssätze, dazu gegeben,

dig werden: insbesondere [27]) Gebote an die vorgesetzte Behörde, gegen den pflichtwidrigen Beamten disciplinarisch einzuschreiten. Und zuletzt schliesst sich die Kette mit einem Imperativ [28]), dessen Nichtbefolgung ohne weitere rechtliche Folge bleibt. Die erste Normübertretung ist sonach die Bedingung, auf deren Eintritt hin die Rechtsordnung einmal weitere Befehle erlassen, dann aber auch die Zurücknahme bisher gegebener ausgesprochen hat.

Nicht anders liegt die Sache da, wo die Normwidrigkeit nicht öffentliche Strafe, sondern nur einen Privatanspruch auf deren Beseitigung hervorruft. Auch der Privatanspruch besteht, wie unten gezeigt werden soll [29]), einmal darin, dass dem Berechtigten nunmehr erlaubt ist, was ihm vordem verboten war, mithin in der Zurücknahme von Imperativen. Sodann aber vor Allem in dem Erwachen neuer Imperative an die mit der Civilrechtspflege betrauten staatlichen Organe, dem Verlangen des Berechtigten innerhalb bestimmter Grenzen zu Hülfe zu kommen.

4. Die Rechtsordnung wünscht, dass geschehe, was sie gebietet, sowie dass ungeschehen bleibe, was sie verbietet. Ihre Imperative sind ihr nur Mittel zum Zweck, ein Versuch, das Befohlene zu erreichen. Und unvollkommen sind diese Mittel um desswillen, weil der Wille der Norm-

---

soweit sie dem Richter gelten, die unbekannte Grösse des Rechts, nach welchem der Richter erkennen soll, in einzelne bekannte Grössen aufzulösen. Der allgemeine Imperativ an den Strafrichter, dem bestehenden Rechte gemäss zu urtheilen, würde ohne diese einzelnen Strafgesetze inhaltlos sein. Sie erst geben jener allgemeinen Verpflichtung in blanco Fleisch und Blut. Der Richter verletzt seine allgemeine Richterpflicht durch Missachtung des ihm durch jedes Strafgesetz gegebenen besonderen, ergänzenden Befehles.

[27]) Es kann auch schuldvolle Unterlassung strafrechtlicher Verfolgung dem Pflichtvergessenen selbst eine strafrechtliche Verfolgung zuziehen.

[28]) Zumeist gerichtet an das oberste Organ der regierenden Gewalt.

[29]) Abschnitt V.

unterworfenen frei bleibt und den Befehlen Ungehorsam entgegensetzen kann. Wo die Rechtsordnung mithin das gewünschte Ergebniss auf andere Weise ohne Beschwerde und mit voller Sicherheit zu erreichen vermag, wird sie alle Veranlassung haben, diesen anderen, bequem und sicher führenden Weg vorzuziehen.

In einer solchen glücklichen Lage befindet sich die Rechtsordnung in allen Fällen, wo es sich lediglich darum handelt, den Eintritt gewisser Rechtswirkungen zu verhindern. Wie im letzten Abschnitte gezeigt werden soll, ist das Rechtsgeschäft als Geschäft des Rechtes aufzufassen: als diejenige menschliche Handlung, an deren Vornahme die Rechtsordnung den Eintritt oder das Aufhören bestimmter Imperative im Voraus geknüpft hat — und welche damit als das Mittel zur Hervorrufung jener Rechtsfolgen bezeichnet und den Geschäftsfähigen zu beliebiger Benutzung überlassen wird. Wünscht die Rechtsordnung nun, dass unter gewissen weiteren Voraussetzungen trotz Vornahme der Handlung, die mit dieser für gewöhnlich verknüpfte rechtliche Wirkung nicht eintreten soll, so braucht sie dieses nur auszusprechen. Der Eintritt rechtlicher Wirkungen ist dann eine Unmöglichkeit. Eines Verbotes bedarf es dann nicht. Ein »Du sollst nicht« ist da nicht erforderlich, wo die Rechtsordnung mit einem »Du kannst nicht« das Nämliche und nur noch sicherer erreicht. Mit letzterem Ausspruche ist die Fähigkeit zur Hervorbringung des unerwünschten Erfolges von vornherein genommen.

Wählen wir Beispiele — und zwar solche, in denen bleibende, für die Sinne wahrnehmbare Veränderungen überhaupt nicht eingetreten sind[30]). Der Ehemann hat ein

[30]) Sind auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts auch thatsächliche Veränderungen eingetreten — z. B. der Mann hat das Dotalgrundstück dem Gläubiger zu Besitz übergeben — so genügt die Nichtigkeit

Dotalgrundstück durch pactum hypothecarium verpfändet. Ein Frauenzimmer übernimmt Bürgschaft für eine fremde Schuld. Der Mann erlässt schenkungshalber seiner Ehefrau eine Forderung. Ein nicht cessibeler Anspruch wird cedirt. In allen diesen Fällen bleiben die Erklärungen ohne jede rechtliche Wirkung. Es liegt nicht sowohl ein verbotenes, als ein nichtiges Rechtsgeschäft vor: eine Handlung die nur den Schein eines Rechtsgeschäfts an sich trägt, weil sie unter anderen Voraussetzungen rechtliche Wirkungen hervorzurufen allerdings geeignet ist, unter den concreten Voraussetzungen aber nicht. Die Befugniss zur Verpfändung ist dem Ehemanne, die zur Verbürgung den Frauen, die zu Schenkungen den Gatten, die zur Cession dem Gläubiger entzogen.

Der Ausspruch »Du kannst nicht« genügt vollkommen, wenn es sich lediglich um Verhinderung der rechtlichen Wirkung eines Geschäftes handelt. Er enthält keinen Imperativ und ist mithin kein selbstständiger Rechtssatz [31]). Nur wenn aus irgend welchem Grunde [32]) der Rechtsordnung daran liegt, nicht bloss die Rechtswirkung einer Handlung zu verneinen, sondern auch die Handlung selbst zu verhüten, ist ein Verbot der letzteren nöthig. Das »Du sollst nicht« bezieht sich dann auf die physische Handlung, die ohne das »Du kannst nicht« zugleich ein Rechtsgeschäft wäre. Dies Verbot kann übertreten werden und an die

---

des Geschäftes freilich nicht. Vielmehr treten dann ausserdem diejenigen Rechtsfolgen ein, welche der gegenwärtige Zustand (— der in Ermangelung eines gültigen Rechtsgeschäfts, auf das er gestützt werden könnte, ein rechtswidriger ist —) für sich allein hervorzurufen geeignet ist.

[31]) Die Bedeutung solcher Rechtssätze wird im Abschnitt VII § 9 besprochen werden.

[32]) Z. B. um keine Unklarheit und Unsicherheit der Rechtsverhältnisse aufkommen zu lassen.

Uebertretung können rechtliche Folgen und insbesondere Strafen [33]) geknüpft sein.

Umgekehrt vermag die Rechtsordnung die Handlung, die sie als Rechtsgeschäft bezeichnet hat, für gewisse Fälle zu verbieten und derselben trotzdem, falls sie normwidrig vorgenommen werden sollte, den Charakter als Rechtsgeschäft und damit die Wirksamkeit zu belassen. Die Formel lautet dann: »Du kannst, aber Du darfst nicht«[34]). Die Uebertretung dieses letzteren Verbots kann Rechtsfolgen der verschiedensten Art nach sich ziehen — z. B. Strafen [35]) oder einen Anspruch des Verletzten auf Annullation der rechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäfts durch den Richter[36]).

5. Hat es die Rechtsordnung in ihrer Hand, innerhalb der ideellen Sphäre des Rechts unwillkommene Verrückungen schlechthin unmöglich zu machen, so fehlt ihr eine gleiche Macht gegenüber unerwünschten Veränderungen in der materiellen Welt. Sie kann den Mord verbieten, aber sie macht ihn damit nicht unmöglich. Dennoch begnügt sich die Gemeinschaft nicht, ihre Normen zu erlassen und erst im Falle der Nichtbefolgung gegen den Pflichtvergessenen zu reagiren. Wo sie es vermag, sucht sie dem etwaigen Ungehorsam im Voraus entgegenzuwirken. Zunächst schon in der Art, welche nach Plato und Aristoteles alleinige Aufgabe des idealen Staates ist: durch Belehrung und Erziehung der Einzelnen und Weckung des

---

[33]) Hierher gehören sämmtliche sogen. leges plus quam perfectae — z. B. das Verbot der Bigamie oder der Cession einer Forderung an den Vormund des Schuldners etc. etc.

[34]) Ueber diese Combination von rechtlichem Können und Nichtdürfen vgl. Abschnitt VII § 8.

[35]) Die Bestimmung ist dann eine lex minus quam perfecta — z. B. die Strafbestimmung bei Verletzung des Trauerjahres durch Wiederverehelichung.

[36]) D. h. Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts.

Sinnes für Recht und Gesetzlichkeit. Dann aber auch dadurch, dass sie verbotswidrigem Thun direct entgegentritt. Gewissen staatlichen Organen legt sie die Pflicht auf, das Normwidrige nicht geschehen zu lassen und dem Versuche der Normübertretung, dafern es nöthig sein sollte, Gewalt entgegenzustellen. So haben die Polizeiorgane strafbare Normwidrigkeiten jeder Art, die Zollbeamten speciell Contraventionen gegen die Zollgesetze[37]), die Feldhüter Uebertretungen der feldpolizeilichen Normen, die »Wächter« und »Wachen«[38]) die Durchbrechung der Absperrung möglichst zu hindern. Diese Gebote an die staatlichen Organe, das Verbotene nicht zu dulden, dienen dem nämlichen Zwecke wie letztere Verbote selbst: dem Zwecke nämlich, das Unerwünschte nicht eintreten zu lassen.

Für einzelne staatliche Organe besteht geradezu die Pflicht, der versuchten Uebertretung gewisser Verbote zu steuern. Weiter ist es aber Jedermann wenigstens nicht verboten, einer rechtswidrigen Veränderung des thatsächlichen Zustandes entgegenzutreten. Die Verhinderung einer Normwidrigkeit kann nicht selbst eine Normwidrigkeit sein.

Allgemein ist in unseren Quellen das »vim vi repellere licere« anerkannt[39]). Nicht demjenigen allein ist Abwehr gestattet, der einen Angriff auf seinen eigenen Güterkreis erfährt[40]). Auch jeder dritte an sich Unbetheiligte darf den normwidrigen Angriff auf das Gut eines Anderen abwenden. Dass eine solche Verhinderung selbst dann nicht strafbar

---

[37]) § 19. 20 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869.

[38]) § 20. 23 der Instruction zum Reichsgesetz vom 7. April 1869, Maassregeln gegen die Rinderpest betreffend.

[39]) l. 1 § 27 vgl. mit l. 3 § 9 de vi 43, 16 — l. 45 § 4 ad legem Aquiliam 9, 2 : »vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt.«

[40]) l. 3 de iust. et iure 1, 1 : »— ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur.«

werde, wenn in der Nothwehr ein rechtlich geschütztes Gut des Angreifers verletzt wird, sagt unser Strafgesetzbuch ausdrücklich[41]). Aber es kann auch weiter behauptet werden, dass die blosse Verhinderung von etwas Verbotenem[42]) nicht nur nicht strafbar, sondern überhaupt nicht normwidrig sei und mithin auch keine civilrechtliche Haftpflicht begründe.

Indessen, eine gewisse Einschränkung ist scheinbar dem Satze zu geben. Diejenigen Rechtsnormen, welche Specialgüter[44]) Einzelner zu schützen bestimmt sind, verbieten eine Verletzung der letzteren zumeist nur für den Fall, dass der Interessent nicht selbst in die verletzende Handlung willigt. Die Zustimmung des Geschützten benimmt sonach regelmässig der Handlung den Charakter der Normwidrigkeit[45]). Würde ein Dritter der Verletzung eines Gutes wehren, welches der Geschützte selbst preisgegeben hat, so würde nicht einem normwidrigen, sondern einem erlaubten Thun entgegengetreten. Eine solche Hinderung könnte objectiv überhaupt nicht als Nothwehr erscheinen[46]).

---

[41]) § 53 des Strafgesetzbuchs.

[42]) D. h. lediglich die Abhaltung des Angreifers von der Begehung der Normwidrigkeit ohne weitere Verletzung seiner Person oder seiner sonstigen rechtlich geschützten Güter.

[43]) l. 50 de adq. rer. dom. 41, 1: »— immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat —« c. 1 C. quando liceat 3, 27: »permissa cuicumque licentia —«. Auch die Prädicirung der Nothwehr als einer »gebietenden« in § 53 des Strafgesetzbuchs (»— wenn die Handlung durch Nothwehr geboten war —«) scheint eine Erlaubniss zu enthalten, dem Triebe zur Nothwehr zu folgen. — Nicht entgegen steht l. 4 § 7 si servitus vind. 8, 5. Sie handelt von einem Falle, wo ein Unberechtigter ein Verbot eingelegt hatte auf Grund eines angeblichen eigenen Rechtes.

[44]) In welchem Sinne dieser Ausdruck gebraucht wird, möge aus Abschnitt III § 3 entnommen werden.

[45]) Vgl. Abschnitt III § 4.

[46]) Wenn Meyer, Strafrecht, § 53 S. 252 lehrt: »Gerade wie von sich selbst, darf man vielmehr auch von Anderen ihnen drohende

Eine wirkliche Modification erfährt jedoch der oben aufgestellte Satz von einer anderen Seite her. Aus Gründen der Zweckmässigkeit hat unser Recht auch provisorischen Normenschutz eingeführt. Damit ist freilich auch die Möglichkeit gegeben, dass dieser provisorische Normenschutz einem schliesslich Unberechtigten zu Theil wird. So wird der Besitzer einer Sache interimistisch gegen jede Störung seines Besitzes geschützt, mag letztere auch von dem Eigenthümer ausgehen, dem der Besitzer die Sache normwidrig vorenthält. Es genügt, dass er Besitzer ist; dieser Umstand gewährt ihm bis auf Weiteres ein Recht gegen Jedermann[47]). Wer sich in einem solchen geschützten Verhältnisse befindet, ist einstweilen frei in seinen Handlungen. Kann es sich schliesslich auch herausstellen, dass er eine fremde Sache normwidrig vorenthalten und normwidrig benutzt hat, so ist doch einstweilen jede eigenmächtige Beeinträchtigung seiner Handlungsfreiheit betreffs der Sache verboten.

Ungenau würde es jedoch sein, von einem Rechte der Nothwehr zu sprechen. Wo immer diese gestattet wird, ist damit nur dem Abwehrenden die natürliche Freiheit seines Handelns zurückgegeben[48]). Das Verbot, welches sonst die Behinderung zu einer normwidrigen machen würde,

---

rechtswidrige Angriffe abwehren, nicht nur also ihnen selbst in der Vertheidigung beistehen, sondern selbst ohne ihren Willen, ja genau genommen sogar gegen ihren Willen die Vertheidigung übernehmen«, so ist letzteres hiernach auf Fälle zu beschränken, wo entweder der Angriff trotz Zustimmung des Geschützten ausnahmsweise normwidrig bleibt (so der Angriff auf das Leben, § 216 des Strafgesetzbuchs) oder wo der Angegriffene weder dem Angriffe zustimmt noch seiner Vertheidigung.

[47]) Demgemäss kann auch zum Schutze des Besitzes Nothwehr geübt werden: Oppenhoff, Strafgesetzbuch, 6. Aufl. § 53 Nr. 8.

[48]) l. 1 § 27 de vi 43, 16: »idque ius natura comparatur« — l. 4 pr. ad leg. Aq. 9, 2: »nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.« Cicero pro Milone 11, 30: »— hoc et ratio doctis

wird um der Qualität des Behinderten willen zurückgenommen. Die abwehrende Handlung ist nicht widerrechtlich. Will man sie in diesem Sinne eine berechtigte nennen, so ist hiergegen freilich nichts einzuwenden. Allein das »berechtigt« bedeutet dann nur das Unverbotene oder Erlaubte. Und nicht alles, was erlaubt ist, kann auf ein Recht zurückgeführt werden. Zum Rechte würde die Nothwehr erst werden, wenn dieselbe durch die Rechtsordnung nicht bloss gestattet, sondern gewährleistet würde: wenn der allgemeine Wille die Abwehr des Einzelnen noch damit unterstützte, dass dem Angreifer besonders befohlen wäre, die Nothwehr zu dulden. Ein solcher Imperativ aber wird nirgends zu finden sein. Und wollte man die Nothwehr als ein Recht auffassen, so würde sie den rechtlosen Sclaven nicht zugestanden haben. Dass diesen aber Nothwehr zu ihrer eigenen sowohl wie zu fremder Sicherung freistand, ist nicht bloss aus der Natur der Sache zu folgern. Es geht positiv auch daraus hervor, dass die Nothwehr den Sclaven für gewisse Fälle geradezu zur Rechtspflicht gemacht wird[49]). Auch ist es unzulässig, das Recht der Nothwehr etwa dem Herrn und nur die Ausübung desselben den Sclaven zuzusprechen. Abgesehen von den inneren Schwächen dieser Construction scheitert dieselbe schon daran, dass den Sclaven ausnahmsweise sogar die Pflicht auferlegt wird, den Angegriffenen gegen ihren eigenen Herrn zu vertheidigen[50]). In diesem Falle muss einerseits die gebotene Abwehr ihnen

---

et necessitas barbaris et mos gentibus et feris etiam beluis natura ipsa praescripsit, ut omnem semper vim, quacumque ope possent, a corpore, a capite, a vita sua propulsarent —«

[49]) l. 1 § 18 de SCo. Silaniano 29, 5. — l. 1 § 28 l. 19 eodem. Vgl. auch l. 17 § 8 de iniuriis 47, 10.

[50]) l. 3 § 2 de SCo. Silaniano 29, 5: »Si maritus uxorem noctu intra cubiculum secum cubantem necaverit —, servi — — si exaudissent et opem non tulissent, plectendi erunt, non tantum si proprii essent mulieris, sed etiam si mariti.

erlaubt und kann doch andererseits ihr Recht nicht gewesen sein: nicht ihr eigenes, denn sie hatten überhaupt kein solches, und nicht das ihres Herrn, da sich dieses doch unmöglich in seiner Ausübung gegen seinen Träger richten könnte.

6. Nicht immer aber gelingt es, die Ausführung des Verbotenen direct mit Gewalt zu verhindern. Das Verbotene wird häufig begangen[51]) und häufig auch bleibt das Gebotene ungethan. Für solche Fälle nützt es nichts, die vorhandene Normwidrigkeit mit dialectischer Kunst als nichtig darzustellen oder den Unwerth allen Unrechts zu erweisen. Das Widerrechtliche ist dennoch geschehen und die normwidrige That ebenso real wie die rechtmässige. Zugleich ist auch mit der Uebertretung des Verbots das Gut verletzt oder doch gefährdet worden, dessen Schutz die Rechtsordnung mit ihrem Verbote bezweckte; und mit der Nichtachtung des Gebots ist das Interesse unbefriedigt geblieben, dessen Förderung das Gebot übernahm[52]). Will die Rechtsordnung, dass diese Normwidrigkeit nicht ohne rechtliche Folge bleibe (und sie wird zumeist alle Veranlassung dazu haben): so vermag sie dies formal betrachtet nur in der Art zu erreichen, dass sie für den Fall der Normwidrigkeit neue Imperative ertheilt oder alte zurücknimmt. Denn das gesammte Recht besteht lediglich in Normen, wie oben bereits ausgeführt worden ist. Sind sich sonach

[51]) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, dass überall da, wo bereits der Versuch der Verletzung eines rechtlich geschützten Gutes, mithin die Gefährdung desselben, verboten ist — wofür die Bedrohung des Versuchs mit Strafe ein sicheres, wenn auch nicht das einzige Kennzeichen abgiebt — schon dieser Versuch eine Normwidrigkeit enthält und diese mithin eingetreten ist, auch wenn die Vollendung des Vergehens (d. h. die Uebertretung des Verletzungsverbots) gehindert werden konnte.

[52]) Betreffs der hier gemachten Abgrenzung des Begriffes »Gut« von dem weiteren des »Interesse« vgl. Abschnitt IV bei Anm. 111; und betreffs der Fahrlässigkeit Abschnitt II Anm. 20.

sämmtliche Rechtsfolgen der Normwidrigkeit in diesem einen Punkte äusserlich gleich, so lassen sich doch nach den verschiedenen Zwecken, welche die Rechtsordnung bei Aufstellung derselben verfolgt, zwei grosse Hauptgruppen von Rechtsfolgen unterscheiden.

Der eine dieser Zwecke ist Bestrafung des Normübertreters. Die Rechtsgemeinschaft beabsichtigt hierbei, den Missachter ihrer Befehle mit einem Uebel irgendwelcher Art zu belegen. In welchem Gewande auch die Strafe auftritt, immer soll sie nach Absicht der Gemeinschaft ein Uebel sein, welches das normwidrige Verhalten auf seinen Urheber herabzieht: nach des Grotius treffender Definition malum passionis quod infligitur ob malum actionis. Warum die Gemeinschaft einem Menschen absichtlich ein Uebel zufügen will, warum sie dies wollen darf, dies zu erörtern würde hier zu weit führen. Nur betreffs letzteren Punktes, des sogen. Rechtsgrundes der Strafe, mögen einige Worte gestattet sein.

Der Rechtsgrund der einzelnen Bestrafung ist lediglich das Strafgesetz. Dieses verpflichtet den Richter, beim Vorhandensein eines gewissen Thatbestandes auf Strafe zu erkennen. Thut dies der Richter, so ist er rechtlich durch das ihm gewordene Gebot gedeckt. Thut er es nicht, so handelt er normwidrig — obschon es immerhin möglich ist, dass diese Normübertretung unter gewissen besonderen Verhältnissen vor seinem eigenen Gewissen und selbst vor dem Gewissen der Mitmenschen gerechtfertigt sein mag[53]). Rechtswidrigkeit und Unsittlichkeit sind keine sich deckende Begriffe. Ueber jene entscheiden die geltenden rechtlichen Normen, über diese allein das menschliche Gewissen. Weiter ist aber der Rechtsgrund des Strafgesetzes kein anderer,

---

[53]) Wie z. B. bei der Nichtanwendung der harten Strafen der Carolina in den letzten Zeiten der Geltung des gemeinen Strafrechts.

als der eines jeden Gesetzes: der Rechtssatz nämlich, welcher der Legislative die rechtliche Macht zur Rechtsschaffung d. h. zum Erlasse und zur Zurücknahme von Normen verleiht. Die Legislative ist nicht auf den Erlass von Gesetzen zu bestimmten Zwecken beschränkt. Für die Rechtsgültigkeit des Strafgesetzes ist es daher auch indifferent, dass es die Bestrafung eines Menschen zum Zwecke hat. Ein weiterer Rechtsgrund des Strafgesetzes existirt nicht. Was ferner in Frage kommt, ist rein Sache der Ethik. Die Frage nämlich: wie können es die gesetzgebenden Factoren vor ihrem und vor der Nation Gewissen verantworten, von der ihnen zustehenden rechtlichen Macht, Gesetze zu geben, in der Art Gebrauch zu machen, dass sie den Befehl geben, wenn auch nur für gewisse Fälle, einem Mitmenschen, dessen Schutz doch sonst ihre Aufgabe ist, absichtlich ein Uebel zuzufügen? Ich meine nun, dass keine Beantwortung dieser Frage wirklich befriedigen wird, welche entweder die Thatsache verkennt, dass jede Strafe als Uebel und sonach unmöglich im eigenen Interesse des Schuldigen auferlegt wird — oder welche nicht zugiebt, dass auch das grösste Interesse der Uebrigen an der Bestrafung des Verbrechers letztere allein nicht zu rechtfertigen vermag. Nicht jedes Gesetz, welches das öffentliche Wohl fördern will, ist schon um dieses Zweckes willen vor dem sittlichen Bewusstsein gerechtfertigt. Ich wüsste sonst nicht, warum nicht, wie das verdächtige Vieh beim Ausbruch der Rinderpest, so auch bei dem ersten Auftreten einer epidemischen Krankheit die zuerst von ihr befallenen Menschen (der grösseren Sicherheit wegen vielleicht mit ihren Angehörigen) zum Wohle der Gesammtheit schonungslos niedergemacht werden. Ebenso würde das materielle Wohl der Gemeinschaft auch durch Confiscation des Vermögens etlicher Millionäre, durch Vivisection von Erkrankten in wissenschaftlich interessanten Fällen, durch

Beiseiteschaffen altersschwacher und für die Gemeinschaft unnützer Individuen augenscheinlich gefördert werden. Wenn iedes cultivirtere Staatswesen[54]) vor derartigen Massregeln zurückschreckt, so beweist dies, dass das Wohl der grossen Mehrzahl (welches wir das der Gemeinschaft nennen) als Zweck gesetzt nicht auch jedes Mittel zur Erreichung desselben unseren ethischen Anschauungen gegenüber rechtfertigt. Auch das gewählte Mittel muss, damit es von Anfang an und fernerhin als gerecht erscheine, vor dem sittlichen Bewusstsein der früheren und der jetzigen Zeit bestehen können. So muss auch die Bestrafung des Verbrechers, welche als absichtliche Zufügung eines Uebels zunächst unsittlich scheint, durch den Zusammenhang mit dem Verbrechen innerlich gerechtfertigt werden; dass sie irgendwie dem Wohle der Uebrigen diene, genügt zu ihrer ethischen Begründung nicht. Auch die formale Lösung dieser schwierigen Frage, welche BINDING zu geben versucht hat[55]), kann nicht befriedigen. Ihm ist jede schuldvolle Normübertretung »straffähig«[56]). Zum strafbaren Unrecht wird das straffähige Unrecht durch das Strafgesetz; der Gesetzgeber schafft das Ver-

[54]) Bei ganz barbarischen Völkern findet sich in der That die Sitte der Tödtung altersschwacher Personen — und Razzias auf das angesammelte Vermögen Einzelner kommen noch in halbcivilisirten Staaten vor.

[55]) Normen I S. 172 fg. Gegen BINDING vornehmlich WACH a. a. O. S. 457—460.

[56]) Ich nehme an, dass BINDING mit der »Straffähigkeit« das bezeichnen will, was ich »Strafwürdigkeit« nenne: die Zustimmung, die eine Strafandrohung in unserem Gewissen findet. Vollkommen klar ist dies jedoch nicht. Zweifel könnte namentlich der Passus S. 436 des Anm. 58 citirten Aufsatzes erregen: »formell ist die Competenz des Staates Handlungen zu verbieten und Delicte zur Strafe zu ziehen unbeschränkt.« Die formelle Competenz des Staates aber ist nicht bestritten, zudem nicht auf schuldhafte Normwidrigkeit beschränkt. Auch schuldloses Unrecht kann der Staat rechtsgültig mit Strafe bedrohen und hat es in früherer Zeit häufig gethan. In Frage steht, wann der Gesetzgeber das, was er rechtlich kann, auch sittlich darf und soll.

brechen. »Und ungerecht wäre es seinerseits nie, auch das geringste Unrecht mit Straffolgen auszustatten.« Wenn der Staat nicht jedes straffähige Unrecht zum strafbaren macht, wenn sein Recht, Strafe zu drohen, nicht immer zu einer Pflicht wird, so geschieht dies, weil »das Strafrecht auszuüben — eine empfindliche Last ist«[57]) und weil »der Staat nur dann ein Uebel auf sich nehmen darf, wenn er dadurch ein grösseres von sich abwendet.« Hiernach ist für den Staat die Strafpflicht nur begründet, »soweit dauernde Straflosigkeit die Autorität eines Gesetzes mehr abschwächen würde, als dieses ertragen kann«[58]). Soweit BINDING. Allein wenn es auch richtig ist, dass es uns ungerecht erscheinen d. h. ein inneres Missbehagen bestimmter Art in uns hervorrufen würde, wenn der Staat strafen wollte, wo keine Normwidrigkeit begangen ist oder wo eine solche nicht auf das Verschulden des Bestraften zurückgeführt werden kann[59]), so ist doch schuldhafte Normwidrigkeit

[57]) Dies trifft nicht bei sämmtlichen Strafen zu. Die Privatstrafe der Verwirkung z. B. legt dem Staate nicht die mindeste Last auf. Und auch gewisse öffentliche Strafen, wie Geldstrafe und Forstarbeit, bringen dem Staate möglicherweise noch etwas ein, zumal wenn die mit der Strafjustiz betrauten Organe ohnehin eingesetzt werden müssen. Diese Argumentation führt dahin, dass der Staat überhaupt nur Strafmittel zu wählen habe, welche ihn möglichst wenig belasten, dann aber um so reichlicher Strafe androhen müsse.

[58]) BINDING, das Problem der Strafe. Grünhuts Zeitschrift IV (1877) S. 429 fg.

[59]) Die hier vertretene Auffassung, wonach die materielle Qualität der That, nicht ihr Widerspruch mit einer Rechtsnorm unsere Missbilligung hervorruft und damit ihre Strafwürdigkeit in unseren Augen begründet, kann eher zu dem Zweifel führen: wozu alsdann noch zu ihrer Strafbarkeit gerechterweise ein vorausgehendes rechtliches Verbot sowie eine vorausgehende Strafdrohung verlangt wird. Es könnte ja die strafwürdige That hinterdrein noch durch ein Specialgesetz mit Strafe belegt werden. Auch würde die Erklärung unhaltbar sein, als wenn die Gerechtigkeit erst noch eine ausdrückliche Verwarnung des Uebelthäters verlangte. Sonst wäre Unkenntniss sei es der Norm sei es des Strafgesetzes ein Strafausschliessungsgrund, was ich wenigstens

nicht die einzige Voraussetzung für die Gerechtigkeit der Strafe. Dem Gesetzgeber müsste ja sonst ein ganz eigenthümlicher Einfluss auf das allgemeine Gewissen zustehen. Er hat die rechtliche Macht, eine Norm aufzustellen. Dass sein Gebot dem Normunterworfenen eine Handlung aufgeben kann, welche nach dem allgemeinen Urtheile, ja selbst nach dem des Gesetzgebers eine Unsittlichkeit enthalten würde, wird BINDING nicht bestreiten. Solchenfalls ist das vorsätzliche Nichtbefolgen des Gebots zwar verschuldete Normwidrigkeit, Unrecht im Rechtssinne, jedoch moralisch kein Unrecht. Dann aber fehlt auch jede Grundlage dafür, die Bestrafung dieser Normwidrigkeit für gerecht zu erachten. Im Gegentheil: war es schon ungerecht, das Gebot zu erlassen, so würde es eine Häufung von Ungerechtigkeit sein, die Nichtbefolgung eines ungerechten Gebots auch noch mit Strafe zu belegen[60]. Die Thatsache, dass ein gewisses Verhalten eine absichtliche Normwidrigkeit enthält, nimmt unser Urtheil über die moralische Qualität der That nicht so gefangen, dass diese uns nunmehr sofort auch als strafwürdig erscheint. Nein, die

---

entschieden bestreite. Die Gerechtigkeit verlangt aber eine vorherige Verkündigung des Entschlusses, eine gewisse Handlung, die damit auch verboten wird, strafen zu wollen, auf dass die Garantie gegeben sei, das Strafgesetz sei ohne Ansehen der Person erlassen, ohne Gunst oder Missgunst gegen den einzelnen Thäter und nicht in der Erregung, welche die begangene Uebelthat hervorruft.

[60]) Wenn z. B. das seit Trajan gestellte Gebot an die Christen, dem Kaiser zu opfern, einen Gewissenszwang und sonach eine Unsittlichkeit enthielt: war dann eine Bestrafung der den Gehorsam Weigernden gerecht? Will man diese Frage bejahen, dann sind mit einmal die Glaubensverfolgungen jeder Zeit und alle Schrecken der Inquisition gerechtfertigt. Es war ja den Verfolgten befohlen, ihren Glauben abzuschwören: thaten sie dies vorsätzlich nicht, so traf sie gerechterweise Strafe. Und auch gegen die Art der Bestrafung wird sich alsdann wenig einwenden lassen. Der geringe Erfolg der Christenverfolgung wenigstens ergiebt, dass das Gesetz, um seine Autorität zu erhalten, zu den äussersten Mitteln greifen musste.

That selbst, die absichtliche Verletzung oder Gefährdung eines fremden [61]) Guts oder die absichtliche Nichtbeförderung eines fremden Interesses ist es, welche wir sittlich missbilligen und um desswillen für strafwürdig halten. Der nämliche Grund, welcher die Norm hervorrief [62]), nämlich das Unerwünschte der That und nicht erst die in letzterer liegende Normwidrigkeit, begründet in uns beim Vorhandensein einer Schuld des Thäters das Urtheil seiner Strafwürdigkeit [63]). Warum uns aber solchenfalls die absichtliche Zufügung eines Uebels, die wir sonst als unsittlich verwerfen, mit der Gerechtigkeit vereinbar, ja von ihr geboten erscheint, dafür lässt sich ein Grund in Kürze nicht angeben. Nur eingehende Untersuchungen würden zeigen können, wie sich die Idee der Gerechtigkeit einer Vergeltung der Uebelthat durch die Gemeinschaft im Laufe der Jahrtausende zum Theil aus recht unlauteren Anfängen heraus entwickelt und erhalten hat.

Gerechterweise kann sonach nur die schuldhafte Uebertretung eines solchen rechtlichen Imperativs, der eine auch von den sittlichen Anschauungen der Zeit gebilligte An-

---

[61]) Das Gut kann freilich zugleich auch ein eigenes sein. Wenn sich Jemand z. B. durch Selbstverstümmelung vorsätzlich zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht, so zürnen wir ihm und halten seine That für strafwürdig nicht weil er sich selbst eines Fingers, sondern weil er den Staat eines Soldaten beraubt hat.

[62]) Den gewöhnlichen Fall hier gesetzt, dass die Norm dem sittlichen Bewusstsein ihrer Zeit entsprach.

[63]) Ausdrücklich gebe ich jedoch zu, dass sehr häufig die Norm erst das Gewissen der Menge aufklärt oder bestimmt, so dass ihr nunmehr das Normwidrige erst als unsittlich erscheint. Die Macht des Gesetzes auf die Gemüther ist so gross, dass unzählich Vielen das rechtlich Gebotene oder Verbotene ungeprüft sofort auch als sittliche Pflicht gilt — wenigstens, wenn es sich um das Verhalten Anderer handelt. Allein auch in solchen Fällen ist nicht der Ungehorsam gegen die Norm das, was an der That strafwürdig erscheint, sondern deren (wirkliche oder vermeintliche) sittliche Verwerflichkeit, welche anzunehmen die Norm den Anlass gegeben hat.

forderung stellt, von der Rechtsordnung mit Strafe bedroht werden. Aber auch betreffs der Art und Höhe der Strafe verlangt unser Gewissen, dass ein Verhältniss bestehe zwischen dem Uebel der That[64]) und dem Uebel der Strafe, ein Verhältniss, welches letztere als eine gerechte Vergeltung erscheinen lässt. Im Uebrigen entscheidet allein das Interesse der Gemeinschaft darüber, ob die Gesetzgebung die Strafe, die sie gerechterweise drohen darf, auch wirklich drohen soll. So kann es kommen, dass das Bedürfniss eines nachdrücklicheren Schutzes gewisser Interessen neuerdings eine Stellung derselben unter Strafschutz empfiehlt[65]). Und umgekehrt wird hin und wieder die Strafdrohung zurückgezogen trotz Aufrechterhaltung der Norm, an deren Uebertretung sie geknüpft war[66]). Die Grenzen zwischen straflosem und strafbarem Unrecht sind keine festen. Alle Versuche, sie nach gewissen Arten des Unrechts ein für allemal zu bestimmen, sind meines Erachtens bisher völlig gescheitert[67]).

[64]) Nach ihrer äusseren und inneren Seite — Interessenverletzung und Schuld.

[65]) Wie für einzelne Arten des Vertragsbruchs (namentlich die Verletzung des Gesinde- und Gesellenvertrags, Löning, der Vertragsbruch I (1876) § 56 S. 458 fg.) nach dem Rechte des Mittelalters Strafen bestanden, heute reichsrechtlich wenigstens keine Strafe geordnet ist und gewichtige Stimmen einer Neueinführung von Strafen das Wort reden.

[66]) Wie z. B. das Reichsstrafrecht keine Bedrohung der Selbsthülfe mit öffentlicher Strafe mehr kennt, obschon diejenigen Fälle der Selbsthülfe, die vordem nach einzelnen Landesgesetzgebungen strafbar waren, auch heute noch immer verboten sind.

[67]) Betreffs früherer Theorieen sind die trefflichen Kritiken von Merkel, Kriminalistische Abhandlungen 1867 S. 4 fg., und Binding, Normen I S. 142—157. 176—179 zu vergleichen. Auch der neuerdings von Haelschner, Gerichtssaal XXVIII (1876) S. 401 fg. wiederaufgenommene Versuch, das straflose schuldhafte Unrecht von dem strafbaren abzugrenzen, beruht auf unhaltbaren Voraussetzungen. Haelschner knüpft hierbei zunächst an »die Thatsache« an, »dass es nur Fälle der schuldhaften Vermögensbeschädigung sind, in welchen das Gesetz, ohne Strafe aufzuerlegen, sich damit begnügt, das Unrecht in seinen die ver-

Einem möglichen Missverständnisse habe ich noch vorzubeugen. Ich behaupte zwar, dass nur die sittliche Missbilligung, die wir einem Verhalten gewisser Art stets entgegenbringen, seine Strafwürdigkeit und damit die Gerechtigkeit einer Strafdrohung wider dasselbe begründet. Ist aber einmal eine Handlung positivrechtlich (gerecht oder ungerechterweise) unter Strafe gestellt, dann hat der Richter im einzelnen Falle lediglich nach dem Vorhandensein des Thatbestandes, nach Normwidrigkeit und Verschuldung im Rechtssinne zu forschen. Positivrechtlich ist das Verbrechen nichts anderes als mit Strafe bedrohte Normwidrigkeit. Muss der Richter das Dasein eines Verbrechens bejahen, so ist er rechtlich verpflichtet, sein Strafurteil zu

---

mögensrechtlichen Zustände störenden Folgen aufzuheben. während alle anderen Fälle schuldhaften Unrechts Strafe nach sich ziehen, sei es eine Criminalstrafe oder irgend eine andere den allgemeinen Charakter der Strafe an sich tragende Rectification des schuldhaften Willens.« Diese angebliche »Thatsache« aber beruht auf falscher Beobachtung. Schon früher hat HEINZE (v. HOLTZENDORFF's Handbuch I S. 301) gegen HAELSCHNER eingewendet: »jede Paternitäts- oder Ehescheidungsklage kann die Willkürlichkeit dieser Beschränkung zeigen.« Und wenn etwa die Paternitätsklage als blosse Klage auf Feststellung, die Ehescheidungsklage aber als »Rectification des schuldhaften Willens« genommen werden sollte, so sind doch die Ansprüche des Ehemannes, dass die Frau seinem Domicile folge, des grossjährigen Kindes, dass der Vater seine Einwilligung zur Eheschliessung gebe, lediglich auf Erfüllung der der Frau bez. dem Vater obliegenden Verpflichtung gerichtet. Auch bei schuldhafter Nichterfüllung ist hier von Strafe oder Rectification so wenig die Rede, wie bei jeder Klage auf Erfüllung eines Versprechens. — Auch in einem zweiten Punkte bleibt HAELSCHNER bei seiner früheren, meines Erachtens irrigen Anschauung — und diesem Punkte gegenüber war allerdings auch die Kritik BINDING's S. 144—146 nicht glücklich gewesen, so dass HAELSCHNER in WACH a. a. O. S. 454 einen Helfer gefunden hatte. HAELSCHNER behauptet: »Diejenigen Fälle des schuldhaften Unrechts, welche vom Standpunkte unserer heutigen Cultur und Rechtsbildung aus nur civilrechtliche, keine strafrechtlichen Folgen nach sich ziehen, kommen darin überein, dass sie ein schuldhaftes, negatives Verhalten des Willens dem Rechte gegenüber voraussetzen« (S. 422). Wohl trifft dies zu, wo es sich um die Nichterfüllung eines Gebots,

fällen, selbst wenn er sich davon überzeugt, dass im einzelnen Falle die Handlung des Angeschuldigten dem Drange des Gewissens entsprang und sonach für diesen keine Unsittlichkeit war. Letzteres erkenne ich ausdrücklich an; das Gewissen des Einzelnen ist souveräner Richter über das Gut oder Böse seiner Handlungen[68]). Wenn der Richter dennoch verpflichtet ist, zu verurtheilen, so erklärt sich dies damit, dass er nur das Vorhandensein der Voraussetzungen zu prüfen hat, von denen der Befehl zu verurtheilen abhängig gemacht worden ist, und nicht auch das Zutreffende der Motive, welche den Befehl veranlasst haben mögen, in dem einzelnen Falle. Verurtheilt er nicht, weil auch er gegenüber der von ihm sittlich nicht zu verwerfenden That dem Drange seines Gewissens weicht, so handelt er seiner-

z. B. um die Nichtrückzahlung eines Darlehens etc. handelt; hier ist das schuldhafte Verhalten allerdings rein negativer Art. (Gegen die abweichende Ansicht BINDING's unten Anm. 101.) Allein dies sind doch wahrlich nicht die einzigen Fälle schuldhaften Unrechts mit lediglich civilrechtlichen Folgen. Ganze Gruppen derartigen Unrechts werden hier von HAELSCHNER und WACH übersehen. Handelt derjenige, der ein fremdes Grundstück betritt oder der auf eigenem Grundstück eine Anlage macht, welche der Nachbar kraft Servitutenrechts oder auf Grund eines obligatorischen Rechtes negativen Inhalts oder nach den gesetzlichen Bestimmungen über aqua pluvia oder aus anderm Grunde nicht zu dulden braucht, einem Gebote oder einem Verbote des Rechts zuwider? Und wenn doch gewiss nur letzteres gesagt werden kann, so sind hier überall positive Handlungen und, wenn sie schuldhaft begangen worden sind, schuldhafte Handlungen mit keinen andern Rechtsfolgen als mit dem civilrechtlichen Erfüllungszwang durch actio negatoria und Vertragsklage und aquae pluviae arcendae actio ausgestattet. — Die auf durchaus exacter Forschung beruhende Arbeit von LOENING scheint schliesslich (vgl. S. 530) auf den richtig erfassten Unterschied von Rechtsbruch und Rechtsverzug alles Gewicht legen zu wollen. Allein noch sehe ich nicht, warum nicht auch in jedem Rechtsverzuge der Rechtsbruch, das Nichtwiederherstellbare der geschehenen Normwidrigkeit, betont werden kann.

[68]) Den Satz BINDING's (Zeitschrift S. 423) »Eine Gehorsamspflicht auf dem Gebiete des Ethos ist undenkbar« acceptire ich durchaus.

seits normwidrig und die Rechtsfolgen dieser Normübertretung werden ihn treffen — falls nicht etwa auch diejenigen, denen die Verletzung richterlicher Pflichten zu ahnden obliegt, sich ihrer Verpflichtung entschlagen. Das Rechtsgebot übt für sich allein schon einen bedeutenden Einfluss auf die Gemüther der Normunterworfenen aus. Aber gewaltig steigt seine Macht, wenn es sich in Einklang zu setzen weiss mit dem, was die innere Stimme des Menschen von diesem verlangt.

7. Für den Begriff der Strafe ist es gleichgültig, welcher Art das Uebel ist, das den Uebertreter der Norm treffen soll. Den Zweck der Bestrafung verfolgt jede Rechtsfolge einer Normübertretung, welche an letzere um desswillen geknüpft wird, auf dass der Thäter ein Uebel erleide. Ebenso ist es gleichgültig für den Begriff der Strafe, in welcher Art die Rechtsordnung das Strafübel an die Normwidrigkeit anknüpft. Formell vermag dies die Rechtsordnung überhaupt nur in der Weise zu thun, dass sie neue Imperative erlässt und bisherige zurücknimmt. Indessen innerhalb dieser einzig möglichen Mittel macht sich doch eine Verschiedenheit bemerkbar, je nachdem dieselben den gemeinsamen Zweck der Bestrafung bald nur indirect und unsicher, bald direct und sicher erreichen. Es ist möglich und heut zu Tage der gewöhnliche Weg, dass die Rechtsordnung für den Fall der Normübertretung neue Imperative erlässt, welche selbst noch nicht die Strafe enthalten, sondern erst die Bestrafung des Delinquenten herbeiführen wollen: Imperative an die mit der Strafjustiz betrauten Organe [69]), dem Thäter nach einem bestimmten Verfahren gewisse Güter, wie Leben, Freiheit oder sachliche Güter [70])

---

[69]) Soweit diese Imperative reichen, werden zugleich die den Thäter schützenden Normen zurückgezogen.

[70]) Die sachlichen Güter zugleich mit den Rechten des Thäters an diesen Sachen.

oder auch gewisse Rechte und Befugnisse[71]) zu entziehen. Die Bestrafung des Thäters ist hier davon abhängig, dass die staatlichen Organe ihrer Verpflichtung nachkommen wollen und können. Möglicherweise erhebt aber die Rechtsordnung die Strafe zur nothwendigen Folge der That, so dass mit Vollendung der Normwidrigkeit auch die Strafe den Thäter sofort und unmittelbar trifft. Freilich ist hier die Rechtsordnung in ihren Strafmitteln beschränkt. Sie vermag nicht zu bewirken, dass mit einer ihr missliebigen That sofort auch eine weitere thatsächliche Veränderung eintritt. Nur eine Rechtsveränderung vermag sie für den Fall der Normwidrigkeit im Voraus auszusprechen, sei es nun, dass sie den Verlust eines einzelnen Rechtes[72]) oder einer einzelnen Befugniss[73]) oder dass sie den Verlust der Fähigkeit, gewisse Rechte überhaupt zu erwerben[74]), oder endlich dass sie den Verlust der gesammten Rechtsfähigkeit, ja eines jeden Normenschutzes[75]), als Strafe der

[71]) In diesem letzteren Falle wird nur eine besondere Vollstreckung unnöthig sein; das rechtskräftige Urtheil entzieht hier das Recht.

[72]) Z. B. des Forderungsrechtes nach dem decretum divi Marci, des Anspruchs auf die Heuer nach § 82. 105 Abs. 1 der Seemannsordnung vom 27. December 1872, des Anspruchs auf Bergelohn nach § 20 der Strandungsordnung vom 17. Mai 1874; des Eigenthums nach c. 7 C. unde vi 8, 4 oder nach § 76 der Seemannsordnung; vgl. auch Anm. 84.

[73]) So der öffentlich rechtlichen Befugniss zu postuliren (l. 6. 8. de postulando 3, 1) und der privatrechtlichen frei zu heirathen (l. 42 § 1 sq. de ritu nupt. 23, 2) in den Fällen der sogenannten infamia immediata.

[74]) So wird nach römischem Rechte die Fähigkeit, durch Erbfolge Rechte zu erwerben, zum grössten Theil der Frau entzogen, welche das Trauerjahr verletzt hat; ebenso nach canonischem Rechte die Fähigkeit zu gewissen Aemtern (und zu den damit verbundenen Rechten) in den Fällen der excommunicatio latae sententiae.

[75]) Vgl. oben Anm. 23—25. Es ist paradox und ungenau, wenn Binding (Zeitschrift S. 427) ausführt, die Friedlosigkeit sei keine Strafe gewesen. Kann die Entziehung eines Einzelrechtes Strafe sein, so ist es doch die Entziehung aller Rechtsfähigkeit nicht minder. Richtig ist nur, dass die Tödtung des Friedlosen alsdann nicht als Bestrafung desselben erscheint. Er ist strafunfähig geworden, weil ihm wie dem

That über den Thäter verhängt. In solchen Fällen sprechen wir von Verwirkung. Das Eigenthümliche derselben ist, dass sie lediglich in Rechtsminderung besteht und dass die Strafe mit der strafbaren That sofort auch vollzogen ist. Hier trifft das Sprichwort zu: Die Gesetze strafen und nicht der Richter. Die Frage, ob die strafbare That begangen worden sei, bleibt vorerst ununtersucht. Es ist Zeit, sie dann zu entscheiden, wenn es sich im einzelnen Falle um Fortbestand oder Verlust des angeblich verwirkten Rechtes handelt.

Möglicherweise werden durch Verwirkung dem Thäter auch öffentliche Rechte und Befugnisse entzogen. Die infamia immediata des römischen, die excommunicatio latae sententiae des canonischen Rechts bieten historische Beispiele hierfür, von den etwas problematischen Processstrafen des heutigen gemeinen Processes zu schweigen. Zumeist aber äussert sich die Verwirkung auf privatrechtlichem Gebiete. Und zwar möchte ich annehmen, dass unsere heutigen Privatstrafen sämmtlich Verwirkungen sind. Sie bestehen in Entziehung eines Privatrechts oder in Begründung einer privatrechtlichen Verpflichtung zwecks Bestrafung des Normübertreters — und zwar nicht zu Gunsten[76]) der Rechtsgemeinschaft als solcher, sondern zu Gunsten eines bestimmten Dritten, der zumeist der durch das Delict Verletzte sein wird. Diese Privatstrafen sind nun unmittelbar mit dem Delicte vollzogen. Bei denjenigen, die in Entziehung eines Privatrechtes bestehen, ist dies auch unbestritten. Wer dem decretum divi Marci zuwiderhandelt, verliert im Augenblicke der Uebertretung sein Forderungs-

---

Wolfe jeder Normenschutz entzogen ist: aber diese Entziehung selbst ist seine Strafe.

[76]) Der Rechtssatz ist nicht zwecks Begünstigung, sondern zwecks Bestrafung gegeben — aber es ist weiter bestimmt worden, wer durch die Bestrafung gewinnen soll.

recht — ebenso sein Eigenthum, wer seine Sache eigenmächtig und gewaltsam dem Besitzer entzieht. Aber auch die actiones poenales der Römer und unsere heutigen »Strafklagen«, soviel wir deren noch besitzen, sind unter den nämlichen Gesichtspunkt zu stellen. Ich sehe in ihnen nicht Ansprüche auf Strafe, sondern Ansprüche auf gewisse Leistungen (zumeist auf Geldzahlung), welche zur Strafe des Schuldigen dem Verletzten gegeben sind. Nicht in der Erfüllung des Anspruchs besteht meines Erachtens die Strafe, sondern in der Auferlegung der obligatorischen Verpflichtung, erfüllen zu müssen. Für diese Auffassung spricht der ursprüngliche Charakter dieser Ansprüche als solcher, welche zwar um des Delictes willen gegeben waren, aber auf ein »Sühngeld« oder eine »Abfindungssumme« gingen [77]; dafür ferner der Umstand, dass jedem Dritten die Schuld zu tilgen erlaubt war; dawider nicht die passive Unvererblichkeit dieser Ansprüche, welche sich ebenso bei actiones rei persecutoriae ex delicto findet. Will man dem zustimmen, so würden auch diese Privatstrafen unter den Gesichtspunkt der Verwirkung fallen. Dem Schuldigen wäre mit seiner That zur Strafe eine privatrechtliche Verbindlichkeit auferlegt. Erst bei Geltendmachung der letzteren käme die That als die juristische Voraussetzung des klägerischen Anspruchs in Betracht [78]).

---

[77]) Ihering, Geist, I S. 125—131. Neuner, Privatrechtsverhältnisse (1866) S. 200 Not. 1.

[78]) Dieser, wie ich zugebe, sehr streitfähige Punkt ist von geringer Bedeutung für das heutige Recht, welches nur wenige, zwecks Bestrafung des Schuldners gegebene Forderungsrechte kennt. Es würde etwa hierher gehören die obligatorische Verpflichtung zur Leistung des Werthes einer Sache für denjenigen, der vermeintliches Eigenthum an ihr eigenmächtig geltend gemacht hat (c. 7 C. unde vi 8, 4), sowie namentlich die des undankbaren Beschenkten zur Rückgabe des Geschenkten. Dass letztere Verpflichtung zwecks Bestrafung des Undankbaren diesem auferlegt wird, heben Kierulff, Theorie S. 228 Anm. und Brinz, Pandekten 1. Aufl. I S. 514. 518 mit Recht hervor. Wider die

8. Es wirft sich jedoch die Frage auf, ob diese Privatstrafen — soweit deren gemeinrechtliche Geltung überhaupt anzunehmen war — auch heutzutage noch neben dem Reichsstrafgesetzbuch Bestand haben oder nicht.

Nach WINDSCHEID sollen die Privatstrafen der Selbsthülfe durch das Reichsstrafrecht beseitigt sein[79]), während die fortdauernde Geltung mehrerer anderer Privatstrafen nicht bezweifelt wird[80]). Als Grund für den Fortfall der erstgedachten Privatstrafen wird angeführt:

> »Das Reichsstrafgesetzbuch bedroht - - die Selbsthülfe mit Strafe nicht, und nach dem Einführungsgesetz § 2 Abs. 1 schliesst das Reichsstrafgesetzbuch das Landesstrafrecht so weit aus, als dasselbe Materien berührt, welche Gegenstand des Reichsstrafgesetzbuchs sind. Nun findet sich zwar in dem Reichsstrafgesetz-

---

Zweifel SAVIGNY's, Obligationenrecht, II S. 327 vgl. diesen selbst System IV S. 231.

[79]) Pandekten § 123 A. 4 a. (4. Aufl. S. 359). Ebenso BRUNS in v. HOLTZENDORFF's Encyclopädie 2. Aufl. S. 347. 3. Aufl. S. 370. Dagegen mit Recht BRINZ Pandekten I, 2. Aufl. S. 268.

[80]) So der Verlust des Klagrechts (actio — nach WINDSCHEID der Forderung), falls ein zur Vormundschaft Berufener ein Forderungsrecht gegen den Mündel vorsätzlich (de industria) verschweigt, nach Nov. 72 c. 4 — WINDSCHEID, § 434 N. 18. So der Verlust des Forderungsrechts, welches Seitens des Berechtigten an den Vormund des Schuldners zu cediren versucht wird, nach Nov. 72 c. 5. — WINDSCHEID, § 335 N. 21. 22. Ferner der Verlust der Rechtswohlthat der Theilung und der Vorausklage für den Bürgen, der die Bürgschaft arglistigerweise abgeleugnet hat (WINDSCHEID §. 478 N. 8 § 479 N. 8), sowie der Rechtswohlthat des Nothbedarfs für den leugnenden Gesellschafter (WINDSCHEID § 263 N. 7). Ebenso der Verlust des Rechts, Schenkungen wegen Undankbarkeit zu revociren, für die Mutter, wenn sich dieselbe einem unsittlichen Lebenswandel ergiebt, nach c. 7 § 4 C. de revoc. don. 8, 55 (WINDSCHEID, § 367 N. 20). Auch wird gegen die fortdauernde Gültigkeit der Vermögensstrafen für verschuldete Ehescheidung, Wiederverheirathung und Verletzung des Trauerjahres wenigstens aus dem Reichsstrafrechte kein Bedenken entnommen (WINDSCHEID §. 510 N. 1; § 511. 512; vgl. auch § 263 und 326).

buch eine allgemeine die Selbsthülfe umfassende Rubrik nicht; aber dasselbe enthält eine Reihe von Bestimmungen (so z. B. § 113. 123. 124. 137. 201. 249. 303), durch welche die schwereren Formen der Eigenmacht unter Strafe gestellt werden; damit ist diese Materie geordnet. — Man wird auch nicht sagen dürfen, dass unter »Landesstrafrecht« bloss die eine öffentliche Strafe verhängenden Bestimmungen zu verstehen seien; eine solche Auslegung wäre willkürlich.«

Dieser Begründung wohnt eine solche Tragweite bei, dass eine nähere Prüfung geboten ist.

Es soll nicht bestritten werden, dass die öffentlichen Strafen, welche die Landesgesetzgebungen von Württemberg, Baden, Braunschweig, Thüringen und Sachsen der Selbsthülfe drohten, durch das Reichsstrafgesetzbuch beseitigt worden sind[81]). Anders aber steht es mit den gemeinrechtlichen Privatstrafen. Eine Unterscheidung zwischen diesen und jenen ist nicht willkürlich, sondern nothwendig. Die gesetzgebende Gewalt des früheren Norddeutschen Bundes hatte weder Befugniss noch Willen, auf privatrecht-

---

[81]) Beweisend hierfür ist zwar nicht der Umstand, dass in den allegirten Paragraphen die »schwereren Formen der Eigenmacht« mit Strafe bedroht sind — Widerstand gegen die Staatsgewalt, Raub und Hausfriedensbruch scheint mir nur wenig, Sachbeschädigung, Zweikampf und Entziehen der Verstrickung nichts mit der Selbsthülfe gemein zu haben; weit eher könnte auf § 240 des Reichsstrafgesetzbuches Bezug genommen werden, da das Vergehen der Nöthigung einen Fall verbotener Selbsthülfe — l. 12 § 2 quod metus causa 4, 2 — allerdings mit umfasst. Wohl aber ist entscheidend, dass schwerlich ein Bedürfniss vorlag, die Bedrohung der Selbsthülfe den Landesgesetzgebungen zu überlassen, und dass hiernach das Schweigen des Reichsstrafgesetzbuches als Ausdruck des Willens, die Selbsthülfe solle öffentlicher Strafe nicht unterliegen, um so sicherer zu deuten ist, als der Antrag, die Selbsthülfe als Vergehen unter Strafe zu stellen, in der Reichstagscommission gestellt aber abgelehnt wurde. Vgl. HEINZE, das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht S. 37.

lichem Gebiete[82]) Aenderungen einzuführen. Nach Art. 4 Z. 13 der Verfassung unterlag der Competenz des Bundes »die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren.« Aus dieser Gegenüberstellung erhellt, dass unter Strafrecht nicht der Inbegriff aller Normen verstanden wurde, deren Uebertretung überhaupt mit Strafe bedroht war. Nur die Anordnung öffentlicher Strafen bildet das Strafrecht; so hat sich der Begriff herkömmlich festgestellt[83]). Werden doch auch die Privatstrafen nicht in den Codificationen des Strafrechts, sondern in den bürgerlichen Gesetzbüchern, die processualischen Strafen ebenso in den Processgesetzen angedroht. Nur die Ordnung der öffentlichen Strafen lag daher auch nach Absicht der Verfassung innerhalb der Zuständigkeit der Bundesgesetzgebung[84]).

Die entgegengesetzte Auffassung würde von unabsehbarer Folge sein. Nach § 6 des Einführungsgesetzes darf

---

[82]) Abgesehen von dem speciellen Gebiete des Obligationenrechts.

[83]) Die Privatstrafen haben, wie SAVIGNY, Obligationenrecht II S. 301 treffend bemerkt, »eine doppelte Natur und gehören beiden Rechtsgebieten wirklich an: dem Criminalrecht durch ihren Grund und Zweck, dem Privatrecht durch ihre Form und ihre Wirkung.« Vgl. auch IHERING, Schuldmoment S. 3: »Der Begriff der Strafe hat sich in der modernen Welt mehr und mehr von dem Gebiet des Civilrechts auf das des Strafrechts zurückgezogen.«

[84]) Sowie selbstverständlich die Androhung von Strafen im Zusammenhange des Obligationenrechts, des Handels- und Wechselrechts und des gerichtlichen Verfahrens. Von dieser Befugniss hat die Bundesgesetzgebung Gebrauch gemacht z. B. in Art. 537 des Handelsgesetzbuches: »Handelt er [der Schiffsmann] dieser Bestimmung zuwider, so ist er nicht allein für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich, sondern er wird ausserdem der bis dahin verdienten Heuer verlustig.« Vgl. Art. 544 Abs. 2 und oben Anm. 72. Zweifelhafter Natur ist Art. 56 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1, nicht hierher gehörig die Ordnungsstrafe des Art. 26 u. a. m. Man frage sich: gehörte das Strafrecht nicht zu den gemeinsamen Angelegenheiten, würde man dann an der Competenz des Reiches zweifeln, bei Ordnung des Obligationenrechts Privatstrafen anzudrohen?

»vom 1. Januar 1871 [1872] ab — nur auf die im Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund [für das Deutsche Reich] enthaltenen Strafarten erkannt werden [85])«. Bezöge sich nun die Strafgesetzgebung des Deutschen Reichs nicht bloss auf das öffentliche Strafrecht, so würden auch durch § 6 des Einführungsgesetzes alle bis dahin in Kraft verbliebenen Satzungen aufgehoben sein, welche andere als die im Reichsstrafgesetzbuche angeführten Strafarten androhen. Damit wären aber mit einem Schlage die Rechtsfolgen einer ganzen Anzahl von Normen beseitigt, an deren fortdauernder Gültigkeit noch Niemand gezweifelt hat. Hinweggefallen wären alle processualischen Nachtheile, welche als Strafe an normwidriges Verhalten geknüpft sind, hinweggefallen auch ohne Weiteres sämmtliche Verwirkungen des Privatrechts [86]). Denn die Verwirkung ist als Strafart dem Strafgesetzbuche fremd. Dieses kennt überhaupt nur Strafen verhängt oder doch vermittelt [87]) durch richterliches Erkennen, keine solchen als unmittelbare Folge irgend welcher Normwidrigkeit. Und wenn es auch die »Einziehung« einzelner »Gegenstände« [88]) sowie eine »Verfallen-Erklärung« des »Empfangenen« [89]) im richterlichen Erkenntnisse gestattet, so ist doch weder die Verwirkung eines Forderungsrechts oder eines dinglichen Rechts oder einer einzelnen Befugniss, noch auch die strafweise Auferlegung

---

[85]) Es bedarf wohl nicht der Begründung, dass hierdurch nicht bloss das Erkennen, sondern überhaupt jedes Androhen von öffentlichen Strafen ausgeschlossen werden soll, welche das Strafgesetzbuch nicht kennt.

[86]) Wenigstens soweit dieselben als Strafen aufgefasst werden müssen. Vgl. unten § 9.

[87]) Vgl. z. B. § 31 des Reichsstrafgesetzbuches.

[88]) § 40 des Reichsstrafgesetzbuches vgl. mit § 152. 295. 360. 367. 369 ebenda.

[89]) § 335 des Reichsstrafgesetzbuches. Vgl. auch § 16 Abs. 2 des Reichsgesetzes über die Presse vom 7. Mai 1874.

einer privatrechtlichen Verpflichtung unter den Begriff der »Einziehung eines Gegenstandes« [90]) oder der »Verfallen-Erklärung« eines »Empfangenen« zu bringen. Auch ist es unzulässig, selbst die Verwirkung eines Forderungsrechts nur als besondere Form einer Geldstrafe aufzufassen — schon um desswillen, weil nicht jede Forderung auf eine Geldsumme gerichtet ist [91]).

Wollte man der Aufassung von Windscheid beitreten, dass sich das Reichsstrafgesetzbuch auch auf die Privatstrafen beziehe, dann wären die Privatstrafen der Selbsthülfe allerdings beseitigt. Aber nicht, weil dieselben stillschweigend aufgehoben worden sind, sondern aus dem allgemeineren Grunde, weil es eine Strafe der Verwirkung in dem oben entwickelten Sinne nach dem Reichsstrafgesetzbuche überhaupt nicht mehr giebt. Dann wäre aber auch der Fortbestand der meisten andern noch als geltend behandelten Privatstrafen zu verneinen gewesen, deren Beibehaltung neben den Bestimmungen des Reichsstrafrechts ohnehin zum Theil weit grösseren Bedenken unterliegt [92]).

---

[90]) Unter Gegenständen sind nur körperliche Sachen zu verstehen. Oppenhoff a. a. O. zu § 40 des Strafgesetzbuchs Nr. 6. Die in früheren Landes- oder Reichsgesetzen als Strafe angedrohte Einziehung von Rechten ist sonach nach § 6 des Einführungsgesetzes aufgehoben. Oppenhoff zu § 6 Nr. 9. 10. In späteren Reichsgesetzen kommt allerdings wieder ein Verlustigerklären vor: so in Ansehung der Staatsangehörigkeit nach § 1 des Reichsgesetzes vom 4. Mai 1874 betr. die Verhinderung der unbefugten Ausübung von Kirchenämtern — sowie in Ansehung der Vergünstigungen zur Zurückstellung oder Befreiung vom Militärdienst nach § 33 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874. Betreffs der Gewerbeordnung vgl. Anm. 169.

[91]) Anderer Ansicht Heinze a. a. O. S. 98.

[92]) So vornehmlich der Fortbestand der Privatstrafen nach Nov. 72 neben § 266 des Reichsstrafgesetzbuchs. Dieser bestimmt: »Wegen Untreue werden — bestraft: Vormünder, Kuratoren, — wenn sie absichtlich zum Nachtheile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen handeln.« Beide Fälle, welche nach Nov. 72 c. 4 und c. 5 Privatstrafen nach sich ziehen, erscheinen aber als Fälle der Untreue: sowohl die Nichtangabe

Allein diese Auffassung geht zu weit. Nicht bloss das Argument aus der Verfassung steht ihr entgegen. Auch eine unbefangene Auslegung wird zu einem anderen Ergebnisse führen. Der angezogene § 2 des Einführungsgesetzes sagt in Wahrheit nichts anderes, als was auch ohne denselben hätte angenommen werden müssen und nur im Hinblick auf das verwickeltere Verhältniss zwischen Bundes- und Landesstrafrecht zu ausdrücklicher Hervorhebung sich empfahl: dass nämlich das neuere Gesetz dem älteren Rechte vorgeht und letzeres auch dann aufhebt, wenn dies zwar nicht ausdrücklich erklärt wird, wohl aber indirect als gewollt erscheint[93]). Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund und nunmehr das für das Deutsche Reich will und kann in das Recht der einzelnen Bundesstaaten nicht anders eingreifen, als wie es als Landesgesetzbuch eines jeden einzelnen Bundesstaats eingewirkt hätte[94]). Wie nun bisher angenommen wurde, dass neben der Carolina und neben denjenigen Landesstrafgesetzgebungen, welche ebenfalls die oben als »schwerere Formen der Eigenmacht« gekennzeichneten Verbrechen mit Strafe bedrohten, der Selbsthülfe aber als eines besonderen Vergehens nicht gedachten, die gemeinrechtlichen Privatstrafen der Selbsthülfe noch fortwährend Gültigkeit besässen: so kommt auch dem Schweigen des Reichsstrafgesetzbuches eine höhere Bedeutung nicht zu. Die Privatstrafen der Selbsthülfe sind, wo

---

einer Forderung gegen den Mündel bei der Berufung zur Vormundschaft (»quod de industria contra hanc legem id dissimulaverit«), wie das Sichcedirenlassen einer Forderung (»— manifestum enim est, si in talem cogitationem veniat, eum omnia ad interitum quidem animae suae, sed ad rerum suarum — utilitatem facturum —« »— quod dolo machinatum est —«).

[93]) Vgl. auch Heinze, a. a. O. S. 27. 30.

[94]) Abgesehen von den mit dem Geltungsbereiche unmittelbar zusammenhängenden Fragen, was als Inland und Ausland gemeint ist etc. — Fragen, die hier nicht in Betracht kommen.

sie gemeinrechtlich oder landesgesetzlich noch bestanden, durch das Strafgesetzbuch nicht berührt[95]). Und das Nämliche ist betreffs aller übrigen Privatstrafen zu sagen, soweit nicht öffentlichrechtliche Strafen an deren Stelle gesetzt worden sind. Nur durch Bedrohung derselben That mit öffentlicher Strafe konnte die bisherige Privatstrafe derselben indirect aufgehoben werden.

9. Nicht überall aber, wo wir dem Verluste eines Rechtes als Folge einer Normwidrigkeit begegnen, ist es ohne Weiteres sicher, dass dieser Verlust eine wahre Verwirkung sei, d. h. zur Strafe auferlegt werde. Es kann auch die Rechtsordnung den Verlust eines Rechts oder einer Befugniss unmittelbar an eine Normübertretung anknüpfen und dennoch nicht Zwecks Bestrafung des Thäters. Die Rechtsentziehung ist möglicherweise auch die Form, in welcher den Interessen eines Anderen — des durch die Normwidrigkeit Geschädigten oder Gefährdeten — in einer ein für allemal fixirten Art Rechnung getragen werden soll. Die Frage kann um desswillen von eminenter Wichtigkeit werden, weil eine jede Strafe gerechterweise nur einer schuldhaften Normwidrigkeit gedroht werden darf — und sonach auch anzunehmen steht, dass jede Verwirkung als Strafe eine Normübertretung zur Voraussetzung hat, welche dem Verlierenden zur Schuld zuzurechnen ist. Für den Eintritt des Interessenschutzes dagegen ist es, wie im nächsten Abschnitte gezeigt werden soll, keineswegs unbedingte Voraussetzung, dass die Normwidrigkeit auf ein Verschulden des Thäters zurückgeführt werden kann. Wo die Rechtsentziehung Verwirkung und Strafe, wo sie nur Interessenschutz sein soll, ist nach der Intention eines jeden einzelnen Gesetzes näher zu prüfen. Ich möchte geneigt

---

[95]) Abgesehen von dem oben Anm. 81 gedachten Falle, wo nach § 240 des Reichsstrafgesetzbuchs öffentliche Bestrafung eintritt.

sein, beispielsweise nur Interessenschutz anzunehmen im Falle der Privation der Emphyteusis [96]), sowie im Falle des Freiwerdens der Grube nach viermaliger Nichtentrichtung der Quatembergelder [97]). Diese und ähnliche Rechtsentziehungen scheinen mir, wenn ich so sagen darf, den Charakter gesetzlicher Conventionalstrafen zu tragen und lediglich eine genügende Sicherung des Berechtigten zu bezwecken [97a]). Belehrend in dieser Beziehung sind auch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in Art. 220 Abs. 2 und Art. 222 Z. 2. Hier wird zwar dafür, »dass die säumigen Actionäre ihrer Anrechte aus der Zeichnung der Actien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig gehen«, auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages verwiesen. Allein der Charakter dieses Rechtsverlustes würde sich nicht ändern, wenn das Handelsgesetzbuch ihn absolut oder doch subsidiär, beim Mangel entgegenstehender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrage, angeordnet hätte.

10. Die Rechtsordnung hat sich jedoch nicht auf die Bestrafung der Normwidrigkeit zu beschränken. Es frommt der Gemeinschaft nicht, allein auf das, was unabänderlich ist, auf die verbotswidrige That oder das gebotswidrige Unterlassen, ihr zürnendes Auge zu wenden. Sie wird auch weiterhin für die Güter und sonstigen Interessen sorgen, deren Schutz und Förderung ihre Imperative bezweckten. Die geschehene Uebertretung der Norm ist für die Rechtsordnung kein Grund, in ihrer Fürsorge für die von ihr gegeschützten Güter und Interessen zu erlahmen. Betreffs des weiterhin zu gewährenden Schutzes haben wir aber die Uebertretung von Geboten und Verboten zu scheiden.

---

[96]) c. 2 C. de iure emphyteutico 4, 66.

[97]) Gerber, deutsches Privatrecht, § 97 Anm. 10.

[97a]) Hinsichtlich der Behandlung der Conventionalstrafen vgl. l. 77 de v. obl. 45, 1.

Wird ein Gebot zu der Zeit nicht befolgt, zu der es zuerst befolgt werden sollte, so ist doch in den allermeisten Fällen das Interesse an dessen Erfüllung noch nicht erloschen. Brachte z. B. der Schuldner das geliehene Geld nicht an dem Tage zurück, an welchem es dem Gläubiger zurückzustellen war, so ist um desswillen das Interesse des Letzteren an der Rückzahlung doch nicht geschwunden. Immer noch erwartet der Gläubiger das Geld und immer noch ist auch der Schuldner zu dessen Zahlung verpflichtet. Das Gebot überdauert regelmässig die Normwidrigkeit. Befiehlt auch die Rechtsordnung dem Schuldner, an einem gewissen Tage zu zahlen, so entbindet sie ihn doch nicht nach Ablauf des Tages von seiner Zahlungsverpflichtung. Er soll nachholen, was er versäumt hat. Und nachzuholen ist Alles, nur nicht die Rechtzeitigkeit der Erfüllung. Diese ist nach Verstreichung des Zahlungstages allerdings unwiederbringlich verloren. Betreffs ihrer kann es sich mithin nur darum handeln, ob die Rechtsordnung statt der unmöglichen Erfüllung eine andere Verpflichtung dem Schuldner auferlegen will. Von solcher Entschädigungspflicht ist jedoch hier noch nicht zu sprechen.

Die normwidrige Nichtbefolgung des Gebots hat aber gezeigt, dass der Impuls, welchen das Gebot dem Willen des Schuldners behufs Erzielung des gewünschten Erfolges zu geben versuchte, für den Eintritt des letzteren nicht ausreichend war. Ob böser Wille des Schuldners, ob unverschuldetes Nichtkönnen der Erfüllung entgegenstand: immerhin ist das Gewünschte nicht erfolgt, zu dessen Erreichung das Gebot nur das Mittel war. Liegt nun der Rechtsordnung ernstlich an der Erreichung dieses Zieles, so wird sie beim Scheitern des ersten Versuchs ihre Absicht nicht aufgeben. Vielmehr wird sie die dahin arbeitenden Mittel verstärken: alte Imperative zurücknehmen und neue

erlassen, beides zu dem Zwecke, dass das Gebotene sich dennoch vollziehe — sei es nun durch den Verpflichteten selbst, sei es auch ohne oder selbst gegen dessen Willen. Den gesammten Complex neuer Imperative, in Verbindung mit der Zurücknahme bisher bestandener, können wir nach dem Zwecke, dem diese Rechtsfolgen der Normwidrigkeit dienen, als Erfüllungszwang bezeichnen. Mittels desselben soll der Zustand herbeigeführt werden, zu dessen Erzielung das nicht befolgte erste Gebot sich als unzureichendes Mittel erwies. Der Erfüllungszwang nimmt seinen Anlass aus der normwidrigen Nichtbefolgung des Gebots — sein Zweck aber ist der nämliche, wie der des letzteren selbst: die Erreichung des Gewünschten. Darum ist es auch für den Begriff des Erfüllungszwangs gleichgültig, wie schon hier bemerkt werden mag, ob derselbe den Pflichtigen zur Befolgung des Gebotes drängen [98]) oder anstatt des Pflichtigen das Geforderte bewerkstelligen soll [99]).

Eine Fortdauer des Gebots bei Nichtbefolgung desselben sowie ein Erfüllungszwang als Rechtsfolge der normwidrigen Verzögerung findet sich sowohl auf privatrechtlichem Gebiete wie auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Vornehmlich [100]) besteht die Gesammtheit aller Obligationen

---

[98]) Dann sucht das neue Mittel nur die Kraft des alten zu steigern und wirkt indirect auf den Hauptzweck hin — z. B. die Anordnung von Ordnungsstrafen zwecks Befolgung des Anmeldegebots nach Art. 26. 45. 89. 129. 135. 154. 155. 171. 179. 212. 218. 233. 243. 247. Z. 4. 251 des Handelsgesetzbuchs oder zwecks Vornahme einer geschuldeten Handlung nach § 774 der Civilprocessordnung.

[99]) Dann wirkt das neue Mittel direct und selbstständig auf den Hauptzweck hin — z. B. die Anordnung zwangsweiser Vorführung dessen, der dem Gebote, sich zu seiner Vernehmung zu stellen, nicht nachkommt, nach § 133 der Strafprocessordnung, oder die Wegnahme der geschuldeten beweglichen Sache nach § 769 der Civilprocessordnung.

[100]) Aber durchaus nicht allein: man denke an die familienrechtlichen Gebote an den Verlobten, die Ehe zu schliessen, an den Vater,

positiven Inhalts (und sonach die grosse Mehrzahl aller Obligationen überhaupt) in Geboten, welche die Rechtsordnung an den Schuldner stellt [101]). Und bei weitem die meisten dieser Gebote erlöschen keineswegs mit Nichterfüllung derselben. Sie dauern fort — und die begangene Normwidrigkeit bildet zugleich den Rechtsgrund dafür, dass dem Gläubiger nunmehr auch ein Anspruch erwächst, als Mittel, den Erfüllungszwang herbeizuführen[102]). Nicht min-

---

in Ermangelung eines genügenden Weigerungsgrundes die Genehmigung zur Eheschliessung dem Kinde zu ertheilen.

[101]) Gegen Merkel behauptet Binding Normen I S. 145, »dass der Schuldner den Gläubiger nicht durch ein Unterlassen, sondern durch ein Thun schädigt. — Der Schuldner (legt) durch Nichterfüllung dessen, was der Gläubiger zu fordern hat, diesen zum Theil in seiner Vermögensmacht lahm: er entzieht ihm Vermögensstücke, über welche zu disponiren der Gläubiger das Recht hat. Er ist durch und durch aktiv und verletzt die Forderung: non laede!« Es beruht dies jedoch au einer handgreiflichen Verwechselung der Normwidrigkeit und ihrer üblen ökonomischen Folgen. Ich frage: trifft den Empfänger eines Darlehns ein Gebot oder ein Verbot? Ich meine entschieden, ein Gebot und zwar das der Rückzahlung. Er soll nicht etwas unterlassen, sondern etwas thun. Befolgt er das Gebot nicht, so kann freilich der Gläubiger empfindlich darunter leiden. Aber dies ist in ganz gleicher Weise der Fall, mag nun der Schuldner böswilligerweise nicht zahlen oder aus Vergessenheit oder weil er todtkrank darniederliegt oder weil er gar bereits gestorben ist. Mithin ist die Beeinträchtigung des Gläubigers kein Beweis für die Activität des Schuldners; sonst müsste ja auch der Gestorbene »durch und durch aktiv« sein! Wenn aber Binding sich für das Vorhandensein eines Verbots um desswillen entscheidet, weil an den Schuldner »die Forderung: non laede!« ergehe, und wenn Haelschner (Gerichtssaal XXVIII (1876) S. 423) hiergegen einwendet, die verletzte »Forderung« sei vielmehr das suum cuique tribue, so beweist dieser Streit auf's Neue, wie wenig mit Allegation derartiger allgemeiner Sätze gewonnen wird. Ebensogut (oder richtiger ebenso irrig) könnten sämmtliche Verbrechen, Mord und Todtschlag und Diebstahl etc., auf ein Omissivdelict zurückgeführt werden — nämlich auf Nichtbefolgung des einen Gebots: vive honeste!

[102]) Vgl. aus dem Reichsrechte z. B. § 29 der Seemannsordnung vom 27. Dec. 1872: »den Schiffsmann, welcher nach der Anmusterung dem Antritt oder der Fortsetzung des Dienstes sich entzieht, kann der

der häufig finden sich fortdauernde Gebote und Erfüllungszwang auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Es seien nur einige reichsgesetzliche Beispiele erwähnt. Das grundlos verweigerte Zeugniss soll auch ferner noch abgelegt werden — und damit es geschehe, wird der Impuls gegen den Pflichtigen verstärkt[103]). — Der Militärpflichtige hat sich vor den Ersatzbehörden zu gestellen. Versäumt er wiederholt den Termin, so soll er zwangsweise in die Armee eingereiht werden[104]). — »Der - - Redakteur einer periodischen Druckschrift ist verpflichtet, eine Berichtigung der in letzterer mitgetheilten Thatsachen - - - - auf Verlangen aufzunehmen.« Wird dies verweigert und »ist die unberechtigte Weigerung im guten Glauben geschehen, so ist unter Freisprechung von Strafe und Kosten lediglich die nachträgliche Aufnahme anzuordnen«[105]). — Der Schiffer ist unter gewissen Umständen verpflichtet, hülfsbedürftige Seeleute mitzunehmen. »Zur Erfüllung - - kann der Schiffer vom Seemannsamte zwangsweise angehalten werden«[106]). — Betreffs der Kriegsleistungen ist bestimmt[107]): »Die Gemeinden sind berechtigt, behufs Erfüllung der geforderten Leistungen die zur Theilnahme an den Gemeindelasten Verpflichteten - - - - zu Naturalleistungen und Diensten aller Art heranzuziehen, insbesondere auch die in den Gemeindebezirken gelegenen Grundstücke und Gebäude - - - - zu benutzen und sich nöthigenfalls zwangsweise in deren Besitz zu setzen.« — »Wird die Armirung permanenter Befestigungen angeordnet, so sind die Besitzer der innerhalb der Rayons belegenen

---

Schiffer zur Erfüllung seiner Pflicht durch das Seemannsamt zwangsweise anhalten lassen.« [Art. 532 des Handelsgesetzbuchs.]

[103]) § 355 Abs. 2 der Civilprocessordnung.

[104]) § 10. 33 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874.

[105]) § 11. 19 des Gesetzes über die Presse vom 7. Mai 1874.

[106]) § 1 des Reichsgesetzes vom 27. December 1872.

[107]) § 6 des Gesetzes über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873; vgl. auch § 4 und 18 ebenda.

Grundstücke verpflichtet, der - - Aufforderung der Kommandantur zur Niederlegung von baulichen - - Anlagen - - nachzukommen. Wird dieser Aufforderung nicht in der gestellten Frist genügt, so können die Besitzer der betreffenden Grundstücke durch administrative Zwangsmassregeln hierzu angehalten werden«[108]).

11. Die gegebenen Beispiele erbringen meines Erachtens zugleich den sprechendsten Beweis gegen eine Lehre, welche früher schon in HASSE[109]) und in etwas veränderter Gestalt neuerdings wieder in SCHLOSSMANN[110]) einen Vertreter gefunden hat. Niemals soll sich hiernach der Zwang auf das ursprünglich Geschuldete richten. Mit Nichtbefolgung des Gebots sei das Unrecht bereits geschehen, die Erfüllung des Gebots für alle Zeit unmöglich geworden. Es könne sich sonach nur darum handeln, dem ursprünglich Pflichtigen statt der unmöglichen Erfüllung nunmehr eine

---

[108]) § 43 des Gesetzes betr. die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen vom 21. December 1871.

[109]) G. HASSE, Ueber das Wesen der actio Rheinisches Museum VI (1833) S. 13 fg. 18. 21. 22. HASSE beschränkt seine Ausführungen auf Obligationen. Was aber hierbei gelten soll, würde consequenterweise auf sämmtliche Gebote, ja auf sämmtliche Normen überhaupt auszudehnen sein, da die Argumentation HASSE's in allen Fällen gleich anwendbar sein würde. Gegen HASSE vornehmlich DEMELIUS, Untersuchungen, I (1856) S. 139 fg. und ZIEBARTH, die Realexecution (1866) S. 31 fg.

[110]) SCHLOSSMANN, der Vertrag (1876) S. 287 fg. besonders S. 295. 311. 315. 325. SCHLOSSMANN geht insofern noch weiter, als er überhaupt kein Recht auf Erfüllung kennt, sondern erst durch das Unterbleiben der versprochenen Leistung die Obligation entstehen lässt (S. 326). Gegen diese meines Erachtens bodenlose Behauptung unten Abschnitt IV bei Anm. 147. — Auch BINDING, Normen I S. 207 fg. scheidet nicht Erfüllung und Entschädigung und spricht von Entschädigungspflicht und Schadenersatz und Reparation da, wo es sich rein um Erfüllung der primären Norm handelt; vgl. z. B. S. 229 Note 380 S. 231. 232. Im Zusammenhang hiermit steht die Erscheinung, dass HAELSCHNER und BINDING der Strafe stets den Ersatz, dem Strafzwang den Entschädigungszwang gegenüberstellen.

Entschädigung aufzuerlegen und diese Entschädigung der versäumten Erfüllung möglichst ähnlich zu gestalten.

Es wird hierbei übersehen, dass das an den Pflichtigen ergehende Gebot trotz zeitweiliger Nichtbefolgung desselben regelmässig fortdauert. Nicht Entschädigung leistet der Schuldner, welcher das Darlehn erst am Tage nach der Fälligkeit überbringt[111]. Er erfüllt das Gebot, das ihn gestern schon traf, aber auch heute noch trifft[112]. Dies geht auch aus der Fassung der Klage hervor, zu welcher der Gläubiger im Falle der Nichtzahlung schreiten muss. Die römische Formel ging auf ein dare oportere und fusste sonach, wie Muther[113] treffend hervorhebt, darauf, »dass das ursprüngliche Recht - - trotz der Verletzung fortbestehe.« Ebenso hat unsere heutige Darlehnsklage nichts anderes vorzubringen als die Thatsache der Hingabe des Darlehns und einen Umstand, welcher erkennen lässt, dass die Erfüllung der hierdurch begründeten Obligation bereits hätte eintreten sollen. Und begehrt wird dann die Verurtheilung des Schuldners zur Rückzahlung des empfangenen Darlehns, nicht zur Entschädigung. So kann man am 2. Januar auf Rückzahlung eines Darlehns klagen, das im vorigen Jahre gegeben wurde und am 1. Januar zurückgezahlt werden sollte. Nicht einmal die Behauptung ist erforderlich, dass der Beklagte es nicht zurückgezahlt habe. Noch weniger das Anführen, der Beklagte habe die Erfüllung versäumt und, da er sie hiernach schuldbarerweise unmöglich gemacht, werde nunmehr Entschädigung begehrt. Und dies ist ein Punkt, an dem es sich zeigt, dass es sich

---

[111]) Deutet doch auch der Begriff »Entschädigen« oder »Ersetzen« darauf hin, dass anstatt eines Ursprünglichen etwas Anderes geleistet werde.

[112]) l. 137 § 3 de V. O. 45, 1 »transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus, sicut liberatur, qui se daturum spopondit, si quandoque tradit«

[113]) Muther, Zur Lehre von der römischen Actio (1857) S. 42.

bei dieser Doctrin nicht bloss um eine unnatürliche aber unschädliche Auffassung handelt. Das Unmöglichwerden allein verpflichtet nicht zur Entschädigung [114]); SCHLOSSMANN verlangt daher auch ausdrücklich weiter ein Verschulden. Hiernach würde nur die schuldhafte Herbeiführung der Unmöglichkeit einer Rückzahlung am Fälligkeitstage einen Anspruch auf Entschädigung für den Darleiher begründen. War nun der Empfänger bereits am 31. December gestorben, so konnte er am 1. Januar nicht mehr in Schuld kommen; ebensowenig aber sein Erbe, der erst im Februar antrat. Die Folge würde sein, dass die Erfüllung unmöglich geworden wäre, jedoch unverschuldetermassen — und dass sonach das Verlangen einer Erfüllung in gleicher Weise wie das einer Entschädigung abgewiesen werden müsste.

12. Ein Erfüllungszwang scheint da ausgeschlossen zu sein, wo ein Verbot übertreten worden ist. Das Normwidrige ist dann erfolgt und das Geschehene vermag keine Macht der Erde ungeschehen zu machen. Auch das Verbot kann freilich trotz der einmaligen Verletzung fortdauern [115]) — aber immer richtet es sich dann nur gegen eine Wiederholung der Normwidrigkeit [116]). Eine Wiederaufhebung des Geschehenen kann ein Verbot nicht bewirken.

---

114) Dies Argument verwerthet gegen HASSE mit Recht DEMELIUS S. 144.

115) l. 133 de verb. obl. 45, 1: »Si sic stipulatus sim: 'neque per te neque per heredem tuum vim fieri spondes?' et egi, quod mihi vim feceris, recte remanere factum heredis in stipulatione. nam et ex ipsius posteriore vi potest committi stipulatio: non enim ad unam vim pertinet. nam sicut et ipsius et heredis caput, ita ipsius vis vel saepius facta complectitur.«

116) Die erneute normwidrige Thätigkeit darf dann verhindert werden; vgl. oben § 5. Hierher gehört § 15 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869: »die Fortsetzung des Betriebs kann polizeilich verhindert werden, wenn ein Gewerbe, zu dessen Beginn eine besondere Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung begonnen wird.«

In der That giebt es eine ganze Anzahl von Verboten, bei deren Uebertretung ein jeder Erfüllungszwang versagt. Wurde ein Mensch getödtet oder verstümmelt, so bringt nichts das vernichtete Gut des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit zurück. Und ebenso enthält jede Zerstörung eines sachlichen Guts einen unwiederbringlichen Verlust. Ausser strafender Ahndung der That bleibt hier nur übrig, den verletzten Interessen durch Auferlegung einer Entschädigungspflicht einigermassen gerecht zu werden.

Allein nicht jede Uebertretung eines Verbots schliesst eine Vernichtung des rechtlich geschützten Gutes in sich. In Ansehung der Gefährdungsverbote ist dies ohne Weiteres klar. Die Uebertretung hat hier das Gut in Gefahr gebracht, aber die Gefahr ist geschwunden und das Gut unverletzt daraus hervorgegangen. Das Interesse des Inhabers erfordert hier keinerlei Ausgleichung[117]. Aber auch die Uebertretung eines Verletzungsverbots führt nicht immer eine unheilbare Veränderung herbei. Oft kann der neue, normwidrig herbeigeführte Zustand wieder aufgehoben, der früher bestandene wieder hergestellt werden. Wo dies möglich ist, wird dasselbe staatliche Interesse, welches das Verbot eingab, nunmehr eine Beseitigung des normwidrigen Zustandes verlangen. Die Summe aller Rechtssätze, welche diesem Zwecke zu dienen bestimmt sind, können wir auch hier als Erfüllungszwang bezeichnen. Freilich zielen sie nicht ab auf eine nachträgliche Erfüllung des Verbots; die normwidrige Handlung ist nicht rückgängig zu machen. Wohl aber bezwecken sie Herstellung eines Zustandes, wie er gegenwärtig sein würde, wenn das Verbot nicht übertreten worden wäre. Erzwungen wird nicht das Verbot, sondern die Zurückführung des Zustandes, zu dessen Erhaltung das Verbot nur ein Mittel

[117]) Von einer etwaigen Sicherung gegen künftige Normwidrigkeiten einstweilen noch abgesehen.

war und zwar ein nicht zureichendes Mittel. Das Verbot und die Rechtsfolgen seiner Uebertretung dienen sonach dem nämlichen Endzwecke — und diesen Zweck haben wir im Auge, wenn wir hier von Erfüllung sprechen.

Der Erfüllungszwang kann hier in verschiedenen Formen erscheinen. Zumeist wird er auftreten als ein Gebot an den Thäter, den normwidrig veränderten Zustand wieder herzustellen. Wer verbotswidrig eine bauliche Anlage gemacht hat, wird dadurch zu deren Beseitigung verpflichtet [118]). Im Falle der Nichterfüllung dieses Gebots würde in der oben besprochenen Weise Erfüllungszwang eintreten können: sei es durch Verstärkung der Impulse wider den Pflichtigen, sei es durch factische Herbeiführung des Gewünschten ohne oder selbst gegen den Willen desselben [119]). Es kann aber auch von jedem Gebote abgesehen und sofort zur unmittelbaren Beseitigung des normwidrig herbeigeführten Zustandes geschritten werden. Diese wird rechtlich dadurch ermöglicht, dass entweder dem Verletzten [120])

[118]) Oeffentlich-rechtlich oder privatrechtlich. Für ersteres vgl. z. B. § 32 des Reichsgesetzes vom 21. Dec. 1871: »So weit nach dem Urtheil der Kommandantur die Anlagen unzulässig befunden werden, ist der Besitzer innerhalb der vom Kommandanten zu bestimmenden Frist zu deren Beseitigung verbunden; nöthigenfalls erfolgt letztere auf Antrag der Kommandantur durch die Polizeibehörde auf Kosten des Besitzers.« Vgl. auch § 147 a. E. der Gewerbeordnung. Privatrechtlich z. B. mittels actio confessoria bei Verletzung einer servitus altius non tollendi oder mittels interdictum demolitorium beim Bauen wider Einspruch.

[119]) Ein öffentlich-rechtlicher Anspruch wird auf solche Weise exequirt z. B. nach § 117 der Gewerbeordnung: »die Entlassung unbefugt angenommener oder beibehaltener Lehrlinge kann im Wege der polizeilichen Execution erzwungen werden« — ein privatrechtlicher Anspruch z. B. im Falle des § 771 der Civilprocessordnung.

[120]) So ist der Eigenthümer eines Feldgrundstücks, auf dem ein Anderer dem gesetzlichen Verbote zuwider eine den Ablauf des Regenwassers verändernde Anlage gemacht hat, nicht selbst zu deren Beseitigung verpflichtet, wohl aber zum »patientiam praestare« (l. 5 de aqua et aq. pl. a. 39, 3; l. 4 § 2; l 6 § 7 eod.) — d. h. der Nachbar,

oder bestimmten staatlichen Organen [121]) ein Vorgehen gegen denjenigen gestattet wird, welcher an dem Fortbestand des jetzigen Zustandes interessirt ist und welcher gegen ein solches Vorgehen rechtlich geschützt wäre, wenn es sich nicht um die Beseitigung der Folgen einer Normwidrigkeit handelte [122]).

13. Von einem Erfüllungszwang muss da abgesehen werden, wo eine Nachholung des Unterlassenen oder eine Wiederherstellung des normwidrig veränderten Zustandes weder durch den Pflichtigen noch durch Andere sich bewerkstelligen lässt. Kann das Gebotene überhaupt nicht mehr erreicht werden, so muss sich auch die Rechtsordnung vor der Macht dieser Thatsache beugen. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Unmöglichkeit auf physischen Gründen [123]) oder auf Gründen des Rechts [124]) beruht; gleichgültig auch, ob die früher gebotene Handlung selbst zwar noch möglich ist, aber nicht mehr als Befolgung des Gebots, weil sich letzteres nur auf eine bestimmte, verflossene Zeit oder auf bestimmte, inzwischen veränderte Verhältnisse be-

---

welcher die Anlage entfernen will, thut nicht Unrecht damit und darf hierbei nicht verhindert werden.

[121]) Sei es in Exequirung eines privatrechtlichen Anspruchs, sei es in Geltendmachung eines öffentlichen Rechts — letzteres z. B. bei der Zurückschaffung des verbotswidrig Eingeführten oder der die Sperre durchbrechenden Menschen über die Grenze nach § 139 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 und § 8 der Instruction zu dem Reichsgesetz vom 7. April 1869. Dass die staatlichen Organe in solchen Fällen zum Vorgehen zugleich verpflichtet sind, folgt aus ihrer Stellung; vgl. Abschnitt III § 7.

[122]) Es werden mithin die ihn schützenden Imperative in gewissem Umfange zurückgezogen. Auch kann zur Unterstützung noch ein besonderes Verbot ihn treffen, der Beseitigung durch den dazu Befugten kein Hinderniss in den Weg zu legen.

[123]) Z. B. die Unmöglichkeit, eine geschuldete Sache herauszugeben, wegen Zerstörung der letzteren.

[124]) Z. B. die Unmöglichkeit, ein Eheversprechen zu erfüllen, wegen anderweit erfolgter Verheirathung.

zog[125]). Und bleibt auch das Gebot noch in Kraft und seine Erfüllung noch möglich, so ist doch jedenfalls die einmal versäumte Rechtzeitigkeit der Erfüllung nicht nachzuholen. Ebenso kann durch normwidrige That eine Veränderung verursacht worden sein, welche sich durch menschliche Macht nicht wieder beseitigen lässt[126]). Ist aber auch eine Wiederherstellung möglich, so lässt sich doch die Vergangenheit nicht aufheben und die Thatsache bleibt, dass ein normwidrig herbeigeführter Zustand in der Zwischenzeit bestand[127]). Und endlich lässt sich vor Allem die normwidrige That selbst nicht ungeschehen machen, noch das Gedächtniss an sie auslöschen, sodass sie in dem Gemüthe des Verletzten noch nachwirkt, wenn sie auch sinnlich wahrnehmbare Folgen nicht zurückgelassen hat[128]).

Aber auch in solchen Fällen[129]) ist die Rechtsordnung nicht allein auf die Bestrafung des Delictes beschränkt. Sie kann sich daneben immer noch der verletzten Interessen annehmen. Die ursprünglich zugedachte Befriedigung vermag sie ihnen freilich nicht mehr zu verschaffen. In anderer Weise jedoch kann sie ihnen gerecht zu werden suchen. Anstatt der unmöglichen Erfüllung wählt sie die mögliche Entschädigung.

Ersatz wird da leicht zu geben sein, wo das verletzte Interesse eine Geldschätzung zulässt. Aber der Begriff des Ersatzes ist auf eine Ausgleichung der in Geld schätzbaren

---

[125]) Wenn z. B. in einer Civilsache das Zeugniss verweigert wurde und der Kläger seinen Anspruch fallen liess. Oder wenn ein Koffer zu einer Reise versprochen war und die Reise vor Erlangung des Koffers beendet wurde.

[126]) Z. B. die Verstümmelung eines Menschen oder die Zerstörung einer fremden Sache.

[127]) Z. B. die Freiheitsberaubung eines Menschen nach seiner Freilassung, die Beschädigung einer fremden Sache nach ihrer Reparatur.

[128]) Wie z. B. der Ehebruch.

[129]) Neuner a. a. O. S. 168. 169. 175. 197 fg. spricht hier von einem Verbringen im Gegensatz zu dem Vorenthalten des Guts.

Schäden durch Geldzahlung nicht beschränkt. Wie Bestrafung und Erfüllung ist auch Entschädigung der gemeinsame Zweck gewisser Rechtssätze. Nämlich aller derer, welche an eine Normwidrigkeit als deren Rechtsfolge geknüpft sind, nicht aber behufs Bestrafung des Normübertreters noch auch behufs Verwirklichung des Ereignisses oder des Zustandes, dessen Herbeiführung oder Festhaltung das übertretene Gebot oder Verbot bezweckte, sondern zu dem Ende, dem durch die Normübertretung Verletzten anstatt des Nichterreichten oder Verlorenen eine Befriedigung in anderer Gestalt zu gewähren.

14. Wenn man vom Standpunkte der Rechtsordnung aus von Ersatz als dem Zwecke gewisser Rechtssätze spricht und zwar im Gegensatz zu dem Zwecke der Bestrafung oder zu dem der Erfüllung, so nöthigt diese Gegenüberstellung, hierbei nur an solche eine Entschädigung bezweckende Rechtssätze zu denken, welche die Folgen einer eingetretenen Normwidrigkeit sind. Es ist nöthig, diese Rechtssätze von anderen, verwandt scheinenden und oft mit ihnen verwechselten abzugrenzen.

»Der Begriff des Schadens ist an und für sich ein juristisch ganz indifferenter«[130]). Das Wort will den Verlust eines Guts bezeichnen, ein solcher bleibt aber rechtlich ganz bedeutungslos, wenn das verlorene Gut kein Rechtsgut war d. h. kein durch die Rechtsordnung geschütztes[131]).

[130]) Keller, Pandekten, § 249.

[131]) Beispiel: es versiegt ein (Niemand gehöriger) Wasserfall und in Folge davon der Fremdenbesuch des in der Nähe errichteten Gasthauses. Oekonomisch trifft den Gastwirth ein Schaden, aber ein Recht hat weder er noch ein Anderer verloren. — Das Nämliche ist zu sagen, falls sich ohne jede materielle Veränderung einer Sache der Tauschwerth derselben vermindert in Folge einer Veränderung des Urtheils Anderer über den Grad ihrer Brauchbarkeit.

Aber auch wenn ein Rechtsgut — ich nehme zunächst an: durch Zufall — zerstört wurde, hat die Rechtsordnung einfach diese Thatsache hinzunehmen. Und nur insofern wird letztere zu rechtlicher Bedeutung erhoben, als an die Vernichtung des Guts die Zurücknahme der Imperative geknüpft wird, welche den Rechtsschutz des Guts begründeten. Hierüber muss sich allerdings die Rechtsordnung aussprechen, weil nur das Gut und nicht die Sache vernichtet wird[132]). Die Materie wird niemals zerstört; es verändert sich nur ihre sinnliche Erscheinung. Die Rechtsordnung muss aber bestimmen, welche Veränderung der Erscheinung einen Verlust des Rechtsschutzes herbeiführen soll[133]). Es ist offenbar, dass es sich in diesen Fällen nicht um die Anordnung einer Entschädigung handelt. Aber ebensowenig darf von einer solchen dann gesprochen werden, wenn die Rechtsordnung versucht, »durch gesetzliche Bestimmungen den möglichen Zweifel zu lösen, welches Vermögen als das vom Schaden betroffene anzusehen sei, wer die Gefahr zu tragen habe«[134]). So will der Satz »der Käufer trägt die Gefahr« dem Zweifel vorbeugen, ob vielleicht der Untergang des verkauften Guts und das damit verknüpfte Erlöschen einerseits des Eigenthums des Verkäufers und andererseits des Forderungsrechtes des Käufers auch für den Verkäufer den Hinwegfall seines Forderungsrechtes nach sich ziehe[135]). Mit diesem Satze wird keineswegs dem Verkäufer eine Entschädigung zugebilligt. Ihm verbleibt nur, was ihm bereits zustand: sein Forderungsrecht gegen

---

[132]) Richtig Schlossmann a. a. O. S. 293.

[133]) Und sie bestimmt bekanntlich den Rechtsverlust anders bei Eigenthum und Prädialservituten und anders bei Ususfruct: l. 9 pr. si servitus 8, 5.

[134]) Haelschner, im Gerichtssaal XXVIII (1876) S. 407.

[135]) Gegen Binding (Normen I S. 211), der auch in solchen Rechtssätzen die Anordnung eines Schadensersatzes erblickt, vgl. Haelschner a. a. O.

den Käufer. Eher dürfte, wenn die Entscheidung in entgegengesetztem Sinne gefallen wäre, von einer Entschädigung des Käufers gesprochen werden. Denn der Käufer wurde, weil er das Gekaufte nicht erhält, von der ihm sonst obliegenden Verpflichtung entbunden. Der ihn treffende Nachtheil wurde zum Anlass eines weiteren, eine Ausgleichung bezweckenden Rechtssatzes genommen[136]. Zu eng ist es, wenn HAELSCHNER[137] den Begriff des Schadensersatzes also beschränkt: »Von Schadensersatz kann nur die Rede sein, wo Jemand dem Andern für einen Schaden aufkommen muss, den dieser selbst tragen müsste, wenn die Beschädigung eine schuldlose und nicht schuldhafte wäre.« Zwar darf man sich nicht gegen HAELSCHNER auf die Verträge berufen, welche ihrem Inhalte nach auf eine Schadloshaltung des einen Contrahenten gerichtet sind. Wenn hier den einen Theil eine Ersatzverbindlichkeit trifft, so geht doch nur die Absicht der Parteien und nicht die der Rechtsordnung auf Ersatz. Letztere will nur die Erfüllung des gültig Versprochenen. Dass dieses seinem Inhalte nach auf eine Schadloshaltung des Gläubigers abzielt, ist für die Rechtsordnung nicht das Motiv für die Aufstellung ihres Erfüllungsgebotes. Wohl aber bezweckt die Rechtsordnung da eine Entschädigung, wo im Hinblick auf einen Schaden, welcher den Einen betroffen, einem Zweiten eine Ausgleichungsverpflichtung gesetzlich auferlegt wird. Dies aber geschieht nicht

[136]) Dass dies nicht in der Form der Ertheilung eines Anspruchs an den Käufer geschieht, ist für den Begriff der Entschädigung gleichgültig. Mit Recht bemerkt v. BAR, Grundlagen des Strafrechts (1869) S. 41 N. 37: »Der Schaden wird ersetzt, wenn das Recht eine besondere Veranstaltung trifft, — damit derjenige, welcher den Schaden zunächst empfindet, sich an einem Anderen erholen könne.« Diese »Veranstaltung« braucht aber nicht, wie v. BAR annimmt, eine »Klage« zu sein; sie kann auch in einem sofort den Ausgleich vollziehenden Rechtssatze bestehen.

[137]) a. a. O. S. 407 Anm.*).

selten auch dann, wenn dem Verpflichteten nicht die mindeste Schuld, ja nicht einmal ein objectiv normwidriges Benehmen zur Last fällt. Beispiele bieten alle die Fälle, wo Jemand nach gesetzlicher Regel für fremdes Verschulden einstehen muss[137a]. Und wollte man unzulässigerweise die Verpflichtung hier auf die Vermuthung einer eigenen schuldhaften Normwidrigkeit stellen, so scheitert doch in andern Fällen auch dieser mögliche Ausweg. Denn hin und wieder wird Jemand einem Andern gegenüber zu einer Leistung verpflichtet allein um desswillen, weil diesen Andern ein Schaden betroffen hat — mag dieser Schaden selbst rein durch Zufall entstanden sein. Die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Schiffers, hülfsbedürftige Seeleute mitzunehmen[138], die privatrechtliche des Käufers, bei sog. laesio enormis auf Verlangen des Verkäufers das Kaufgeschäft rückgängig zu machen[139], mögen hierfür als Beispiele dienen[140]. Aber freilich, die Zusammenstellung der heterogensten Rechtssätze allein aus dem Gesichtspunkte, dass das gemeinsame Motiv ihrer Aufstellung die Ausgleichung eines

---

[137a]) So nach § 2 des Gesetzes, betr. die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken etc. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen, vom 7. Juni 1871. Nach § 1 ist nicht einmal ein fremdes Verschulden erforderlich.

[138]) § 1 des Reichsgesetzes vom 27. December 1872. Als hülfsbedürftiger Seemann ist man nicht geboren, sondern man wird es. Der Begriff setzt mithin erlittenen Schaden voraus. — Ein ferneres Beispiel bietet das Gesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 § 28 fg. in seinen Bestimmungen über die öffentliche Unterstützung Hülfsbedürftiger und die Erstattung der dadurch erwachsenen Kosten.

[139]) Falls er nicht vorzieht, den Kaufpreis bis zum Werthe des Gekauften zu erhöhen. Die Differenz zwischen Werth und Preis kann dem Käufer verborgen gewesen sein, so dass schon um desswillen jeder Gedanke an Schuld ausgeschlossen ist.

[140]) In solchen Fällen ist der Zweck des Rechtssatzes eine Entschädigung, der Satz selbst aber ein Gebot, bei dessen Nichtbefolgung Erfüllungszwang eintritt.

fremden Schadens gewesen, hätte systematisch nicht das mindeste Interesse. Für das System von Bedeutung wird der Schadensersatz allerdings erst, sofern er als drittes Glied neben Bestrafung und Erfüllung gestellt wird: als der gemeinsame Zweck derjenigen Rechtssätze, welche sich an eine Normwidrigkeit anschliessen, um dem Verletzten anstatt des Entgangenen in anderer Form eine annähernde Befriedigung zu verschaffen.

15. Zur Erreichung des letztgedachten Zwecks stehen der Rechtsordnung verschiedene Mittel zur Verfügung.

Zunächst vermag sie dem Normübertreter ein Recht oder eine Befugniss zu entziehen, um auf diese Weise dem Verletzten einen gewissen Ersatz zu gewähren. Hierher gehören die oben bereits besprochenen Fälle der Verwirkung im erweiterten Sinne des Worts: Rechtsentziehungen als Folge einer Normwidrigkeit, ausgesprochen nicht zur Bestrafung des Thäters, sondern zur Entschädigung des Verletzten. Im Augenblicke der Normübertretung ist auch die Entschädigung rechtlich gewährt: der Verlust des Rechts oder der Befugniss wird unmittelbar an das normwidrige Verhalten geknüpft.

Weit häufiger jedoch wird von der Rechtsordnung ein anderer Weg eingeschlagen. Es wird dem Uebertreter kein Recht, das er hatte, entzogen, jedoch zwecks Entschädigung des Verletzten eine neue Verpflichtung auferlegt. Diese kann und wird zumeist eine privatrechtliche sein, sodass dem Verletzten zugleich ein Privatrecht auf Erfüllung derselben erwächst. Denkbarerweise ist die Verpflichtung aber auch nur öffentlich-rechtlicher Art [141]).

[141]) Dafür, dass die Uebertretung einer privatrechtlichen Verpflichtung zwecks Entschädigung des Verletzten eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Uebertreters hervorruft, finde ich kein sicheres Beispiel. Aber auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen zum Schadensersatz wegen Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung sind selten. Ist ein

Wird dem Uebertreter der Norm zur Sühne des verletzten Interesses eine privatrechtliche Verbindlichkeit auferlegt, so ist auch hier daran festzuhalten, dass die Entschädigung des Verletzten rechtlich in der Begründung dieser Verpflichtung, nicht in der Erfüllung derselben besteht. Zwecks seiner Entschädigung wird dem Verletzten das Privatrecht gewährt. Ob er davon Gebrauch machen will, wird ihm überlassen; der Rechtsordnung genügt, dass sie die Macht hierzu ertheilt. Geht freilich der gewährte Anspruch auch seinem Inhalte nach auf Zahlung von soviel Geld, als der gestiftete Schaden in Geld zu bemessen ist, so wird der letztere als Massstab für die Höhe der Verpflichtung auch weiter juristisch bedeutsam[142]). Allein für den Begriff der Entschädigung in dem oben entwickelten Sinne ist wesentlich nur, dass der Rechtssatz selbst (hier mithin die Auferlegung der Verpflichtung) dem Zwecke, eine Entschädigung zu gewähren, entsprang.

Lässt der Schaden in Geld eine Abschätzung zu, so wird zumeist auch die Verpflichtung auf eine Geldleistung gehen. Es ist dies die häufigste, nicht aber die einzige

---

Interesse der Gemeinschaft, zu dessen Schutz ihr ein öffentliches Recht zustand, unwiederbringlich verletzt, so beschränkt sich die Rechtsordnung zumeist auf Bestrafung des schuldhaften Thäters, ohne ihm eine Ersatzverbindlichkeit aufzuerlegen. Ein Fall, wo letzteres dennoch geschah, war in der vormaligen particularrechtlichen Bestimmung begründet, wonach derjenige, der sich zum Militärdienst unbrauchbar gemacht hatte, zur Stellung eines Ersatzmannes verpflichtet wurde.

[142]) In dieser Hinsicht relevant war der Schaden häufig auch bei Verpflichtungen, welche zweifellos behufs Bestrafung des Thäters diesem auferlegt waren, insofern die Höhe der Verpflichtung (oder, nach der gewöhnlichen Auffassung, der Strafe) auch hier oftmals nach dem Schaden des Verletzten bemessen wurde. Das eine Beispiel der actio furti beweist, dass diese Function des Schadens nichts mit der Frage gemein hat, zu welchem Zwecke die Rechtsordnung die Verpflichtung aufgestellt hat.

Form des Ersatzes. Nicht selten sind in Geld messbare Schäden in anderer Weise auszugleichen[143]. Und umgekehrt finden Schäden, welche eine Schätzung in Geld überhaupt nicht oder nur schwer zulassen, nach Absicht der Rechtsordnung insofern einige Heilung, als dem Verletzten ein Anspruch auf eine gesetzlich bemessene oder vom Richter innerhalb gewisser Grenzen frei zu bestimmende Geldsumme gegen den Beschädiger zugesprochen wird. So erhält der Gefangengehaltene einen Anspruch auf Sachsenbusse, die Verführte auf Deflorationsgelder und Satisfaction, der Misshandelte sei es auf Busse sei es auf Schmerzengeld[144]. Endlich aber kommt es vor, dass weder der Schaden in Geld bemessen werden kann, noch auch die Verpflichtung auf eine Geldleistung geht. Hierher gehören vornehmlich die Fälle, in denen dem Verletzten zur Entschädigung für erlittene Unbill ein Anspruch auf Lösung eines familienrechtlichen Verhältnisses gewährt wird, namentlich dem einen Gatten bei Ehebruch oder böslicher Verlassung des Andern der Anspruch auf Scheidung der Ehe.

Schon längst ist richtig erkannt[145], dass die zur Entschädigung auferlegte Verpflichtung begrifflich von derjenigen zu scheiden ist, deren Uebertretung die Entschädigungspflicht hervorruft. Das Verbot: »Du sollst fremdes Eigenthum nicht zerstören« ergeht an jeden der Norm Unterworfenen[146]. Ist aber das Verbotene im einzelnen

---

[143]) Z. B. durch Rescission eines Rechtsgeschäfts, wie häufig bei der actio quod metus causa oder bei der actio Pauliana.

[144]) Ueber diese und ähnliche Fälle vgl. Abschnitt IV bei Anm. 9. Zur zweiten Kategorie gehören auch die Bussen der Reichsgesetze.

[145]) Savigny, System V S. 286 Z. 1. Windscheid, die Actio S. 24. Unger, System des österreichischen Privatrechts II § 109 Anm. 4; 4. Aufl. S. 328.

[146]) Wenn ich weiterhin von einer an Jedermann ergehenden Norm reden werde, so geschieht dies lediglich der Kürze wegen und verstehe ich unter Jedermann immer nur die dieser Norm Unterworfenen.

Falle erfolgt, so trifft den Uebertreter nunmehr eine neue Verpflichtung: Ersatz zu leisten für das vernichtete Gut. Es ist dies ein secundäres Gebot, welches die (schuldhafte) Uebertretung der primären Norm zur Voraussetzung hat. Im Falle der Nichterfüllung wird dasselbe, wie andere Gebote auch, durch die gewöhnlichen Mittel des Erfüllungszwangs realisirt werden können. Wenn man die Verwirklichung hier als »Entschädigungszwang« bezeichnet, so geschieht dies allein um ihrer ökonomischen Function willen. Juristisch genau ist diese Benennung keineswegs. Denn in Wahrheit handelt es sich nur um einen Erfüllungszwang, welcher die Erreichung des zwecks Entschädigung Gebotenen erstrebt.

16. Anstatt Strafe, Erfüllung und Ersatz nach den verschiedenen Zwecken zu scheiden, welche die Rechtsordnung bei Aufstellung derjenigen Rechtssätze im Auge hat, welche sie an eine Normwidrigkeit als deren Rechtsfolge anknüpft, ist es in Anlehnung an die bekannte römische Eintheilung der Actionen gebräuchlich geworden, die gedachte Verschiedenheit der Zwecke lediglich als eine Verschiedenheit der Ansprüche oder früher der Klagen [147]) zu fassen und demgemäss von Strafklagen einerseits, von erhaltenden und Ersatzklagen andererseits zu reden.

Zunächst erstreckt sich der Gegensatz auf das gesammte Gebiet der Actionen. Es wäre zu eng, ihm nur das der actiones in personam zu unterstellen [148]). Zu eng aber ist es auch, wenn man ihn auf die Actionen des Vermögensrechts beschränken will [149]). Dieser letztere Punkt ist

---

[147]) Hiergegen mit Recht Windscheid, die Actio S. 23.

[148]) Savigny, System § 210 N. a. V Bd. S. 37 vgl. aber S. 54 l. 35 pr. de obl. et a. 44, 7.

[149]) Savigny, ebenda: »die - - Eintheilung - - - - bezieht sich ganz ausschliessend auf die das Vermögen betreffenden Klagen.« Ebenso Arndts, Pandekten, § 98. Dawider Brinz, Pandekten, 2. Aufl. I S. 279 § 85 Anm. 9a 10 unter Berufung auf das interdictum de liberis

wesentlich für die gesammte Auffassung der Sache. Nach SAVIGNY ist es der »Erfolg« der Klagen welcher das Princip der Eintheilung abgiebt [150]). Das Eigenthümliche der actiones poenales soll darin bestehen, dass sie nach ihrer siegreichen Durchführung den Kläger bereichern, während ihm die actiones rem persequentes nur das, was er hatte, erhalten. Mit Recht ist hiergegen der Einwand erhoben worden, dass doch auch der Anspruch aus Schenkversprechen oder Legat reipersecutorisch ist [151]) und dennoch auch hiermit dem Kläger verschafft wird, was er vordem nicht in seinem Vermögen besass [152]). Und will man dies letztere in Abrede stellen, indem »man das durch die Schenkung begründete Forderungsrecht bereits als Vermögensbestandtheil ansieht«, so ist dies für die Gegner selbst ein gefährliches Argument. Denn »in diesem Sinne ist — auch die actio poenalis eine actio, quae rem persequitur; auch sie macht ein erworbenes Forderungsrecht geltend«. Wird doch eine jede actio bezeichnet als ius persequendi iudicio, quod sibi debetur.

Dem letzten Grunde der Eintheilung kommt man auch damit nicht näher, dass man das unterscheidende Moment

---

exhibendis, welches nach l. 2 § 2 de interdictis 43, 1 zu den Interdicten gehört, welche »rei persecutionem continent.«

[150]) Allerdings bezieht SAVIGNY die Eintheilung daneben auch »auf das innere Wesen der Klagen, auf ihren Gegenstand, Zweck.« Allein im Verlaufe der Darstellung wird alles Gewicht auf den Einfluss gelegt, welchen die Durchführung der Klage auf das Vermögen der streitenden Theile ausübt.

[151]) Der Anspruch aus dem Legate selbst in dem Falle, si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem — vgl. l. 12 § 1 h. t. 29, 4: »magis est enim rei persecutionem quam poenam continere.«

[152]) WINDSCHEID, die Actio, S. 23 — dem auch die allegirten Worte entnommen sind. — BRINZ, a. a. O.

in den Gegenstand des Anspruchs setzt[153]. Als Gegenstand wird »die Handlung verstanden, zu welcher das Forderungsrecht den Schuldner verpflichtet«[154]). Danach ist aber der Gegenstand des Forderungsrechts in all den Fällen genau der nämliche, in denen der Kläger die Zahlung einer bestimmten Summe Geldes verlangt — mag der Grund seiner Forderung sein, welcher er wolle, ein Rechtsgeschäft, ein Delict oder ein anderer juristischer Thatbestand. Der Geldleistung so wenig wie der Verpflichtung zu einer solchen sieht man es an, ob sie Strafe ist oder nicht. Man muss von dem Gegenstande der Verpflichtung weiter zurück gehen und nach dem Grunde ihrer Entstehung forschen. Strafe kann nur einem Delicte entspringen. Aber umgekehrt ist nicht jede Rechtsfolge einer Normwidrigkeit Strafe. Es genügt sonach nicht, dass man ein Delict als den Entstehungsgrund einer Verpflichtung nachweist, um den zur Realisirung der letzteren bestimmten Anspruch als actio poenalis bezeichnen zu dürfen[155]). Zu einem Ergebnisse gelangt man erst, wenn man sich auf den Standpunkt der Rechtsordnung stellt und sich des Grundes vergewissert, wesshalb diese die Verpflichtung auferlegt hat. Geschah es dem Thäter zu Leide, so ist die Verpflichtung zur Strafe aufgestellt und der Anspruch des Berechtigten heisst actio poenalis. Geschah es dem Verletzten zu Liebe, so ist die Verpflichtung zum Schutze des Berechtigten bestimmt und sein Anspruch ist eine actio, quae rem persequitur[156]).

---

153) WINDSCHEID a. a. O.: »der römische Satz: es gibt actiones poenales, hat für uns — keine andere Bedeutung, als: es gibt Obligationen, deren Gegenstand eine Strafe ist.«

154) WINDSCHEID, Pandekten, II § 252.

155) l. 4 § 6; l. 7 de alienatione iud. mut. c. 4, 7: »Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio indicis continet — — pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.«

156) Vortrefflich BRINZ a. a. O. S. 280: »Ohne Delict gibt es keine Strafklage: aber nicht jede zufolge Delicts gegebene Klage ist auch

Der Grund für die gedachte Eintheilung der Actionen beruht sonach auf dem Zwecke, welchen die Rechtsordnung bei Aufstellung der Verpflichtung verfolgt, zu deren Verwirklichung die actio bestimmt ist [157]). Damit ist aber gesagt, dass diese Eintheilung nur einen Anwendungsfall bildet für einen Gegensatz, der weit über das Gebiet der Actionen hinausgreift. Der Gegensatz zwischen Strafe und Erfüllung und Ersatz beherrscht sämmtliche Rechtsfolgen der Normwidrigkeit.

17. So leicht es auch fällt, begrifflich zwischen den Rechtsfolgen der Normwidrigkeit zu scheiden, je nachdem die an die Uebertretung geknüpften Rechtssätze eine Bestrafung des Ungehorsams bezwecken oder wiederum nur die Erreichung dessen, was bereits mittels der übertretenen Norm angestrebt worden war, oder endlich eine Entschädigung des Verletzten: so schwierig ist es oft, von einem bestimmten Rechtssatze zu sagen, ob er der einen oder der andern Kategorie zugehört. Hin und wieder sehen sich Erfüllungszwang eines Verbots und Ersatzzwang auf das Täuschendste ähnlich. Und häufiger noch gleichen sich Strafe und Ersatz zum Verwechseln [158]). Auch erklärt sich

---

schon Strafklage; sie muss überdies strafhalber aufgestellt sein« — nur dass ich statt der Klage die Verpflichtung nennen möchte, zu deren Realisirung dann die Klage (der Anspruch) dient. Nicht so genau S. 278: »Die Strafklage geht darum auf ein Uebel etc.« Was heisst »geht«? Ist damit der Gegenstand der Klage gemeint, so habe ich mich hiergegen bereits ausgesprochen. Soll das Wort aber die Absicht des Klägers bezeichnen, so ist diese auf nichts Anderes gerichtet als auf Leistung dessen, was ihm die Rechtsordnung seiner Meinung nach zuspricht. Warum ihm aber ein Recht gegeben ist, das ist es, was Strafe und Ersatz unterscheidet.

[157]) Selbstverständlich ist damit nicht ausgeschlossen, dass dieser Zweck auch Einfluss übt auf die weiteren Schicksale der Verpflichtung und deren Folgen. So hatten allerdings die actiones poenales ihre besondere Theorie.

[158]) Ein Fall, in dem Erfüllung, Ersatz oder Strafe in Frage kommen, ist in l. 22 de op. nov. nunt. 39, 1 gegeben.

letzteres aus inneren Gründen. Wenn über die Qualität eines Rechtssatzes nur die Absicht entscheidet, welche die Rechtsordnung bei Aufstellung desselben beseelte, so treten möglicherweise Complicationen von Strafe und Ersatz ein und zwar in zwiefacher Weise. Einmal in der Art, dass die Rechtsordnung an erster Stelle an Bestrafung denkt, und doch zugleich den Nebenzweck verfolgt, dem Verletzten eine gewisse Genugthuung zu gewähren[159]). Den Schuldigen soll Strafe treffen: aber als Strafübel wird eine Rechtsfolge gewählt, welche zugleich dem Verletzten zu gute kommt[160]). So erklärt es sich, dass namentlich im älteren römischen Rechte die Verpflichtung zum Ausgleich eines pecuniären Schadens häufig als Strafe erscheint. Strafe und Entschädigung bildeten nach altrömischer Auffassung keineswegs einen Gegensatz[161]). Um des Delictes willen und mithin zur Strafe legte die lex Aquilia dem schuldhaften Beschädiger fremden Eigenthums die Ersatzverbindlichkeit auf. Ihrem Zwecke nach enthielt die Bestimmung Strafe, ihrem Erfolge nach Entschädigung. Aber freilich, auch dieser Erfolg war von der Rechtsordnung gewollt und sonach barg sich hinter dem ersten Zwecke der Bestrafung

---

[159]) Bezeichnend für eine solche Anschauung ist l. 3 de litigiosis 44, 6: »Rem de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare: alioquin dupli poenam patimur. — — sed duplum utrum fisco an adversario praestandum sit, nihil exprimitur: fortassis autem magis adversario, ut id veluti solacium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.«

[160]) Z. B. Rechtsentziehung als Strafe verbotener Selbsthülfe oder Auferlegung einer Verpflichtung in den Fällen der actiones poenales.

[161]) Kierulff, Theorie S. 223. 229 Anm.*): »Wir dagegen behaupten, dass der Schadensersatz als solcher gar kein selbständiger juristischer Begriff ist, sondern eine zufällige Form, in welcher eine Strafe oder eine Vertragsverbindlichkeit u. s. w. auftreten kann. Der Begriff der Strafe lässt sich nur nach seinem juristischen Grunde (ratio) bestimmen.« Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 200. Ihering, Schuldmoment, S. 44. 66. Schlossmann, Vertrag. S. 42. 315.

der zweite des Ersatzes [162]). Und nur soweit die Verpflichtung mehr als die volle Ausgleichung des verursachten Schadens umfasste, liess sich die Bestimmung allein auf den Zweck der Bestrafung zurückführen und wurde hier mithin von reiner Strafe gesprochen [163]). — Umgekehrt kann die Rechtsordnung an erster Stelle eine Entschädigung des Verletzten bezwecken. Wenn sie sich nun umsieht nach Jemand, den sie zur Ersatzleistung heranziehen könne, wird sie zunächst an denjenigen denken, der durch seine normwidrige That den Schaden verursacht hat. Allein dem entgegenstehenden Interesse des Thäters gegenüber hält sie zumeist eine Verpflichtung desselben nur dann für gerecht, wenn er schuldhafterweise den Schaden verursacht hat. Und auch bei der weiteren Frage, ob sie die Entschädigung karg und spärlich oder mit vollerer Hand oder reich und verschwenderisch abmessen soll, wird sich auch hier die Rechtsordnung durch die geringere oder grössere Schuld des Verpflichteten bestimmen lassen. Sie wird ein Gleichgewicht herzustellen suchen zwischen Schuld und Schadensersatz [164]). Nun liegt auf der Hand, dass überall da, wo die Rechtsordnung sei es die Auferlegung einer Verpflichtung [165]) sei es die höhere Bemessung derselben von einer Schuld des Verpflichteten abhängig macht, das

---

[162]) So erklärt es sich, dass ULPIAN die actio legis Aquiliae in l. 23 § 8 ad leg. Aq. 9, 2 als »poenalis« bezeichnet, während PAULUS in l. 34 § 2 de obl. et act. 44, 7 dieselbe der actio commodati gleichstellt: »utraeque enim actiones rei persecutionem continent.« Vgl. auch l. 7 § 1 de iniuriis 47, 10. Ebenso verfolgt auch die actio furti mit ihrem pro fure damnum decidere oportere zur Strafe zwiefachen Schadensersatz. Derjenige hat die actio furti, »cuius interfuit non subripi« (l. 10 de furtis 47, 2) und auch nur »quatenus eius interest« (l. 91 eod.). Mit einem Wechsel der Person des Interessenten wechselt auch die Person des Berechtigten (l. 12 pr eod.).

[163]) § 19 I. de actionibus 4, 6.

[164]) IHERING, Schuldmoment, S. 54 fg.

[165]) Allgemeiner: einen Entschädigung bezweckenden Rechtssatz.

Interesse des Verletzten allein für sich der Rechtsordnung noch nicht als durchschlagend gilt. Die Rücksichtnahme auf den Verletzten würde die Rechtsordnung nicht zu ihren Satzungen bestimmen, wenn nicht die Schuld des Verletzers die Rücksichtnahme auf ihn bei Seite setzen liesse. Aber auch hierin liegt ein Moment der Strafe. Diese besteht in der Nichtachtung der Interessen, welche sonst die Auferlegung der Ersatzpflicht verhindert hätte. Letztere selbst zwar wird nicht zwecks Bestrafung über den Pflichtigen verhängt. Allein die Missbilligung der That Seitens der Rechtsordnung bewirkt, dass diese von der Verhängung nicht absteht. Und je grösser die Schuld, je mehr wird die That missbilligt, so dass sich endlich die Rechtsordnung durch die Rücksicht auf die Interessen des Thäters nicht abhalten lässt, ihm gegenüber die Interessen des Verletzten auf das Ausgiebigste zu schützen.

Man könnte hiernach geneigt sein, den Satz: »ohne Schuld keine Strafe« auch in gewissem Sinne umzukehren und zu sagen: überall wo Verschulden die Voraussetzung einer Rechtsfolge bildet, offenbart sich in letzterer eine Ahndung der schuldhaften That. Aber freilich würde dann Ungleichartiges gemeinsam als Ahndung bezeichnet. Ist die Missbilligung der schuldhaften Handlung und der Trieb sie zu vergelten das bestimmende Motiv bei Aufstellung eines Rechtssatzes gewesen, dann allerdings dient dieser Rechtssatz dem Zwecke der Bestrafung. War aber das bestimmende Motiv die Entschädigung eines verletzten Interesses und jene Missbilligung nur der Grund, warum dies Motiv nicht durch ein anderes, dem Verletzer günstiges paralysirt ward[166]), dann bezweckt der Rechtssatz selbst

[166]) Das Verschulden bildet dann den Grund der Missbilligung, diese aber nicht den Grund zur Aufstellung des Rechtssatzes, vielmehr die condicio sine qua non dafür, dass einem andern Motive durch Aufstellung des Rechtssatzes Folge gegeben wird.

doch lediglich Ersatz. Und die Frage, ob Strafe, ob Ersatz, würde namentlich nach der herrschenden Auffassung der actiones poenales von praktischer Erheblichkeit sein. Jede Strafe setzt gerechterweise nicht bloss eine schuldhafte Normwidrigkeit, sondern auch Zurechnungsfähigkeit dessen voraus, an dem sie vollstreckt werden soll. Wenn mithin die actio poenalis statt auf Ersatz »auf Strafe ginge«, so dürfte sie auch nur gegen einen Zurechnungsfähigen erhoben und durchgeführt werden. Nimmt man dagegen an, dass das Delict zwar Strafe nach sich zieht, die Strafe aber in Begründung der Verpflichtung besteht, dann fällt jene Nothwendigkeit hinweg. Die Strafe ist dann mit der schuldhaften That zugleich verdient und vollstreckt — und die Nichtbefolgung der straf halber auferlegten Verpflichtung könnte nur die Rechtssätze wachrufen, welche auf Erfüllung derselben abzielen.

18. Einer besonderen Art der Entschädigung ist endlich noch zu gedenken. Wenn sie bisher nicht erwähnt worden ist, so geschah dies, weil man allerdings zweifelhaft sein kann, ob die nunmehr zu berührende Erscheinung in der That eine Species der Entschädigung bilde oder nicht vielleicht besser als dritte selbstständige Form der Ausgleichung neben Erfüllung und Entschädigung zu setzen sei. Es ist dies die Sicherung gegen künftiges Unrecht als das gemeinsame Ziel für eine Reihe weiterer Rechtsfolgen eingetretener Normwidrigkeit.

Der durch rechtswidriges Verhalten verursachte Schaden kann denkbarerweise sei es zugleich sei es allein darin bestehen, dass dem Verletzten die Sicherheit des Genusses seiner rechtlich geschützten Güter für die Zukunft genommen worden ist. Ward ihm auch kein greifbares Gut durch den normwidrigen Angriff entzogen, um das ideale Gut der Seelenruhe und damit um die Möglichkeit freudigen Genusses einzelner Rechtsgüter kann er gekommen sein. Muss

der Angegriffene für die Zukunft neue Gefährdung besorgen, so enthält diese beängstigende Aussicht ein Uebel, das ebenso tief wie der Verlust eines greifbaren Guts empfunden werden kann. Auch diesem idealen Schaden gegenüber ist die Rechtsordnung nicht ohne Mittel. Sie vermag ihn zu heben, indem sie die Wiederkehr neuer Normwidrigkeit wenn nicht unmöglich macht so doch erschwert. Alle Rechtssätze nun, welche an eine Normübertretung zu dem Zwecke geknüpft sind, um der Wiederkehr künftiger Normwidrigkeit zu steuern, verfolgen den Zweck solcher idealen Entschädigung — sie dienen dem Zwecke der Sicherung.

Auch hier wiederum sind die Mittel der Rechtsordnung von ganz verschiedener Art. Bald entzieht sie dem Normübertreter das Recht oder die Befugniss, deren Vorhandensein zu jener Normwidrigkeit thatsächlich die Gelegenheit gab, sodass ein künftiger Missbrauch nunmehr nicht stattfinden kann. Und zwar wird entweder der Rechtsverlust unmittelbar an die That geknüpft [167]) oder er ist nach vorgängigem Verfahren erst durch eine staatliche Behörde auszusprechen [168]). Bald treffen den Normübertreter neue Ver-

---

[167]) So wird nach c. 6 C. de spectaculis 11, 40 die väterliche Gewalt dem Vater wegen Missbrauchs entzogen — wohl kaum zur Strafe, sondern zur Sicherung des Kindes. Vgl. Abschnitt IV Anm. 104.

[168]) Z. B. nach § 26 des Reichsgesetzes betr. die Untersuchung von Seeunfällen vom 27. Juli 1877: »Auf Antrag des Reichskommissars kann, wenn sich ergiebt, dass ein deutscher Schiffer oder Steuermann den Unfall oder dessen Folgen in Folge des Mangels solcher Eigenschaften, welche zur Ausübung seines Gewerbes erforderlich sind, verschuldet hat, demselben durch den Spruch zugleich die Befugniss zur Ausübung seines Gewerbes entzogen werden.« Eine rechtliche Befugniss wird hier insofern entzogen, als der Schiffer oder Steuermann für unfähig zu gewissen Rechtsgeschäften erklärt wird, z. B. sich als Schiffer oder Steuermann zu verdingen. Insoweit ihnen die natürliche Handlung des Steuerns etc. verboten wird, liegt der Fall der Anm. 169 vor.

bote, welche schon die Gelegenheit nehmen sollen, der übertretenen Norm neuerdings zuwider zu handeln[169]), während in anderen Fällen nur das alte Verbot durch Strafandrohung für den Fall seiner Uebertretung verschärft wird[170]). Bald werden dem Normübertreter Verpflichtungen positiven Inhalts auferlegt, nach deren Erfüllung es für ihn mit grösseren Nachtheilen verbunden wäre, der früher verletzten Norm abermals entgegenzuhandeln[171]). Bald endlich werden bestimmte staatliche Organe verpflichtet, zumeist jedoch erst nach vorgängigem richterlichen Erkenntnisse, unmittelbar einzugreifen und gewisse Gegenstände zu vernichten oder zu beseitigen, deren Fortbestand eine neue Normwidrigkeit besorgen lassen würde[172]).

---

[169]) So darf Personen, welche wegen bestimmter Vergehen bestraft sind, nach § 35 der Gewerbeordnung der Betrieb gewisser Gewerbe untersagt werden. Auch der in § 150 Abs. 2 ebenda erwähnte »Verlust der Befugniss zur Beschäftigung jugendlicher Arbeiter« ist weniger als Entziehung einer rechtlichen Befugniss aufzufassen (man könnte etwa an die Befugniss zum Abschluss von Arbeitsverträgen denken), als vielmehr als das neue Verbot, jugendliche Arbeiter thatsächlich zu beschäftigen.

[170]) So nach § 775 Abs. 2 der Civilprocessordnung.

[171]) Die Erfüllung wird dann mittels eines öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Anspruchs erzwungen. Ein Beispiel ersterer Art bot die Carolina in Art. CLXXVI und CXCV: »Solchem künftigen, unrechtlichen Schaden und Uebel zu fürkommen, soll dieselbig unglaubhafftige bosshafftige Person im Gefängnuss, als lang, bis die nach Erkandtnuss desselben Gerichts gnugsame Caution, Sicherheit umd Bestand für solche unrechtliche, thätliche Handlung thut, durch die Schöpffen Rechtlich erkandt werden.« Auch die Verpflichtung zur Leistung der Urfehde gehört wenigstens zum Theil hierher. Ein Beispiel der zweiten Art bot der Anspruch auf Stellung der cautio de non amplius turbando nach § 162 des J. Reichsabschieds.

[172]) So unterliegen nach § 21 des Reichsgesetzes betr. das Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. Juni 1870 »die vorräthigen Nachdrucks-Exemplare und die zur widerrechtlichen Vervielfältigung ausschliesslich bestimmten Vorrichtungen — der Einziehung.« Die Einziehung ist nicht Strafe, denn sie »tritt auch dann ein, wenn der Veranstalter oder Ver-

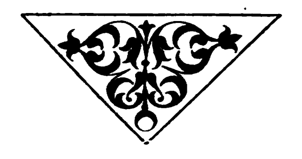
19. Fassen wir das Ergebniss dieses Abschnittes in Kürze zusammen. Das Recht einer Gemeinschaft ist ihr Wille[173]), mittels dessen sie das Verhalten derer zu bestimmen sucht, welche sie sich diesem Willen unterworfen denkt. Alles Recht besteht in Imperativen. Nicht gehört weiter zum Begriffe des Rechts, dass an den Ungehorsam Rechtsfolgen geknüpft sind. Wo letzteres aber geschieht, gehören auch diese Folgen zum Rechte und können mithin nur darin bestehen, dass für den Fall der Normübertretung sei es weitere Befehle gegeben, sei es bis dahin gegebene Befehle zurückgenommen werden. Kommen hierin sämmtliche Rechtsfolgen überein, so unterscheiden sie sich doch wesentlich durch den Zweck, welchen die Rechtsordnung bei Aufstellung derselben im Auge hat. In dieser Beziehung sind zwei Kategorieen von einander zu trennen, von denen die zweite wiederum in zwei — wenn nicht in drei — Unterabtheilungen zerfällt. Die eine Kategorie umfasst sämmtliche Rechtsfolgen, welche zwecks Bestrafung des Normübertreters an die Normwidrigkeit geknüpft sind. Die Absicht, um der Uebertretung willen dem Thäter ein Uebel zuzufügen, charakterisirt diese Gruppe. Die Rechtsfolgen der zweiten Kategorie dagegen haben die Tendenz nicht ein neues Uebel zuzufügen, sondern ein vorhandenes Uebel möglichst zu heilen. Sie erstreben gemeinschaftlich die Ausgleichung des durch die Normübertretung verwirklichten Uebels. Entweder so, dass das mittels des nichtbefolgten Imperativs Angestrebte nachträglich noch herbeigeführt

---

anlasser des Nachdrucks weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt hat; sie erfolgt auch gegen die Erben desselben.« Aehnlich hat die Vernichtung der Zeichen bez. der Verpackung oder der Waaren stattzufinden nach § 17 des Reichsgesetzes über Markenschutz vom 30. Nov. 1874. Vgl. auch § 40—42. 152. 295. 360 a. E. 367 a. E. 369 a. E. des Strafgesetzbuchs.

[173]) Oder doch der Wille Einzelner, welcher nach dem Willen der Gemeinschaft als der Wille dieser letzteren zu gelten hat; vgl. Anm. 4.

werde — oder in der Art, dass der durch die Normübertretung Verletzte anderweit eine Entschädigung erhalte — oder dass wenigstens künftiger Normübertretung in verstärktem Masse vorgebeugt und so die Besorgniss vor erneutem Unrecht gehoben oder doch gemindert werde. Die Ausgleichung umfasst hiernach Erfüllung, Entschädigung und Sicherung.





II.

Schuldloses Unrecht.

1. In dem ersten Abschnitte wurde versucht, die möglichen Rechtsfolgen einer Normwidrigkeit nach den Zwecken zu gliedern, welche die Rechtsordnung bei Aufstellung derselben verfolgt. Noch unerörtert blieb hierbei die Frage, ob es zum Eintritte der an eine Uebertretung geknüpften Rechtsfolgen genüge, dass menschliches Verhalten sich als ein objectiv normwidriges darstelle, oder ob nicht vielleicht weiter erfordert werden müsse, dass das normwidrige Verhalten dem Thäter zur Schuld zugerechnet werden könne — mit andern Worten, ob es neben dem schuldhaften Unrechte noch ein anderes Unrecht gebe, mag man letzteres nun als das »unbefangene«[1]) oder als das »objective«[2]) »ungewollte«[3]) oder »unverschuldete«[4]) bezeichnen. Diese

---

[1]) HEGEL, Philosophie des Rechts § 84.

[2]) IHERING, das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) S. 5 fg.

[3]) TRENDELENBURG, Naturrecht, 2. Aufl. (1868) S. 121.

[4]) HAELSCHNER, die Lehre vom Unrecht und seinen verschiedenen Formen; Gerichtssaal XXI (1869) S. 24.

Frage kann gegenwärtig noch nicht als abgeschlossen betrachtet werden. Das Eingehen auf dieselbe scheint um so gebotener, als die schon vor einem Jahrzehnt von NEUNER gegebenen im Wesentlichen zutreffenden Erörterungen [5]) zwar nicht unbeachtet geblieben sind, aber wenigstens auf criminalistischer Seite wenig Nachfolge gefunden haben [6]).

So trat im Widerspruch zu NEUNER schon im folgenden Jahre MERKEL [7]) für den Satz in die Schranken, dass jedes Unrecht seinem Begriffe nach eine Schuld in sich schliesse. Unrecht sei die Verletzung der Gebote und Verbote des Rechts. Diese Imperative seien aber an den Willen zurechnungsfähiger Menschen gerichtet und könnten daher auch nur durch deren Willen verletzt werden. Was nicht auf »den intelligibelen Willen« des Menschen bezogen werden könne, sei Naturereigniss; das betreffende Individuum erscheine hier nicht als denkendes und wollendes, sich verantwortlich wissendes Wesen, sondern lediglich als Repräsentant einer Summe natürlicher Kräfte. Wer um der Verletzung unter rechtliche Garantie gestellter Güter willen gegen den Unzurechnungsfähigen rechtlich einschreiten wolle, müsse consequenterweise dies auch gegen Thiere, ja gegen leblose Dinge thun. Die Thaten vernunftberaubter Wesen ständen überall denen vernunftloser Wesen gleich [8]).

---

[5]) NEUNER, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse (1868) S. 176 und namentlich S. 207 fg.

[6]) Mit NEUNER stimmt jedoch überein v. BAR, die Grundlagen des Strafrechts (1869) § 9 S. 32 fg.

[7]) MERKEL, Kriminalistische Abhandlungen (1867) S. 43. 46. 47. 51.

[8]) MERKEL muss zu diesen Sätzen um desswillen gelangen, weil ihm sowohl das Unrecht wie jede Rechtsfolge desselben ein einheitlicher Begriff ist. Strafe wie Ersatz verfolgen nach seiner Ansicht ein und dasselbe Ziel: Aufhebung des Zwiespaltes zwischen dem Einzelwillen des Verletzenden und dem Gesammtwillen; doch komme naturgemäss hierbei dem Strafzwange nur eine subsidiäre Stellung gegenüber dem Entschädigungszwange zu. S. 57. 63. Diese Deduction scheitert abge-

Den Anschauungen MERKELS trat unmittelbar darauf IHERING [9]) insofern entgegen, als derselbe an der Möglichkeit objectiven d. h. unverschuldeten Unrechts festhält — eines Unrechts, welches zwar »das Moment der Verschuldung, nicht aber das des menschlichen Willens« ausschliesse. Letzteres Moment unterscheide menschliches auch schuldloses Thun von der Einwirkung der Naturkraft. Gegen objectives Unrecht gäbe es eine Rechtshülfe, gegen die Naturkraft nicht.

Hiermit stimmt auch HAELSCHNER [10]) im Wesentlichen überein. Denn wenn er auch das objective Unrecht verwirft, so versteht er doch hierunter abweichend von IHERING das willenlose Unrecht. Ein solches könne weder zur Strafe noch zur Entschädigung verpflichten. Auch der Entschädigungszwang — mit welchem Ausdrucke HAELSCHNER alles das umfasst, was ich mit Ausgleichung bezeichnet habe [11]) — richte sich »wie die Strafe — gegen den Willen« und bezwecke »den Widerspruch des besonderen Willens und des Rechtes an sich zu tilgen und das normale Verhältniss beider herzustellen.« Wohl aber könne sich ein Mensch schuldlos im Unrecht befinden. Dann nämlich, wenn ein Zurechnungsfähiger in entschuldbarem Irrthume objectiv das Unrechte wolle. Dies Unrecht bedürfe jedoch »zu seiner Tilgung nicht mehr als der Aufklärung und Beseitigung des entschuldbaren Irrthums aus dem es erwuchs« [12]). Hierzu diene das Urtheil des Gerichts. Werde auch diesem

sehen von andern Gründen daran, dass häufig beide Rechtsfolgen an ein und dieselbe Normwidrigkeit geknüpft sind.

[9]) IHERING, a. a. O. S. 5. 6.

[10]) HAELSCHNER, a. a. O. S. 20. 21 fg. — Der Satz vom Zwecke des Entschädigungszwanges wird neuerdings in dem Anm. 12 citirten Aufsatze S. 406. 407 zurückgenommen. Vgl. unten bei Anm. 51.

[11]) Ebenda S. 26.

[12]) HAELSCHNER, Nochmals das Unrecht und seine verschiedenen Formen; Gerichtssaal XXVIII (1876) S. 404.

nicht nachgekommen, so verwandle sich das bisher schuldlose in ein schuldhaftes Unrecht und nunmehr sei Entschädigungszwang gerechtfertigt und geboten.

Eine Beantwortung unserer Frage wird auch in der Schrift von HEYSSLER[13]) versucht. Trotz einzelner feiner und treffender Bemerkungen[14]) kommt der Verfasser jedoch zu keinem befriedigenden Ergebnisse. Der Grund liegt vornehmlich darin, dass HEYSSLER in jeder schuldhaften Normübertretung nicht bloss eine straffähige That sieht — was mit der früher begründeten Einschränkung richtig wäre — sondern sofort auch ein Delict d. h. nach seiner eigenen Bestimmung ein »strafbares Unrecht.« Und es wird hieraus gefolgert, dass »wo und insoweit das Unrecht schlechthin als Schuld zugerechnet, auf den Willen als seine freie und somit verantwortliche Ursache zurückbezogen wird, — nicht mehr vom Civilunrecht, sondern vom Delict die Rede« sein könne. Freilich kann sich HEYSSLER der Erscheinung nicht verschliessen, dass es doch auch schuldhaftes Civilunrecht giebt, welches nicht »ins Delict umschlägt.« Um dem hieraus zu entnehmenden Einwande zu begegnen, gelangt derselbe so zu dem allerdings ungeheuerlichen Axiome eines »mit Schuld, jedoch nicht mit zurechenbarer Schuld behafteten Unrechts.« Und nunmehr ergiebt sich »eine Unterscheidung innerhalb des Civilunrechts-Begriffs in schuldbares und nichtschuldbares Civilunrecht.«

Gegen IHERING, HAELSCHNER und HEYSSLER hält BINDING in seinem oft angeführten Werke[15]) mit aller Energie an dem Satze fest: »alles Unrecht ist schuldhafte Normwidrigkeit.« Ein unverschuldetes Unrecht gebe es nicht; was man das objective Unrecht nenne, sei reiner Zufall.

---

[13]) HEYSSLER, das Civilunrecht und seine Formen (1870) S. 12. 20. 21.

[14]) Hierzu würde ich namentlich Manches aus den Anmerkungen S. 18 Nr. 10, S. 25 Nr. 12, S. 55 Nr. 27 rechnen.

[15]) BINDING, die Normen I (1872) S. 135—141.

Ein einziger Unterschied bestehe zwischen dem Walten der Naturkraft und dem Zufalle des menschlichen schuldlosen Thuns: die Naturgewalt könne nie, wohl aber könne der Mensch der bisherigen objectiven Rechtsschädigung gegenüber in Schuld treten. Letztere entstehe zwar noch nicht durch die Anforderung Seitens des Verletzten; auch der Streitbeginn setze den bisher schuldlosen Beklagten nicht nothwendigerweise in Schuld. So lange letzteres nicht der Fall sei, bestehe aber auch keine Rechtspflicht. Eine Rechtspflicht trete erst ein, wenn der zufällige Rechtsstörer sich in einen schuldhaften verwandele. Nur einem solchen lege das Urtheil die Restitutionsverbindlichkeit auf. Das condemnatorische Civilurtheil begründe in solchem Falle erst die Verpflichtung und ziehe zugleich die Consequenz aus diesem Acte zu Ungunsten des Condemnirten.

Die Anschauungen Merkels und Heysslers gehen hiernach am Weitesten auseinander. Sie sind die beiden Pole, zwischen denen sich die Ansichten von Ihering, Haelschner und Binding bewegen. Dagegen vermag ich eine erhebliche praktische Differenz zwischen den Aufstellungen der Letztgedachten nicht zu erkennen. Alle drei lassen Rechtshülfe nur gegen den Willensfähigen zu[16], unter dieser Voraussetzung aber auch gegen den schuldlosen Urheber eines objectiv rechtswidrigen Zustandes. Während jedoch Ihering solchenfalls schon vor der Verurtheilung von einem »objectiven Unrecht« spricht, findet Haelschner es zutreffender, von einem »schuldlosen Unrecht« zu reden. Und Binding protestirt gegen jede Annahme eines Unrechts auf Seiten

[16]) Ich sehe hier davon ab, dass Haelschner allerdings auch gegen Unzurechnungsfähige Civilklagen zulässt: geschieht dies doch nur um desswillen, weil ihre Curatoren statt ihrer in Schuld versetzt werden können. Gerichtssaal XXVIII S. 403 Anm.*). Ich komme unten auf diesen Punkt zurück.

des Schuldlosen, lässt aber gleichwohl Civilklagen gegen ihn zu, in Folge derer dann mit der Verurtheilung eine Schuld und damit ein Unrecht und eine Verpflichtung entstehen kann.

2. Schon aus dieser kurzen Uebersicht erhellt, dass es misslich ist, von dem Begriffe des Unrechts auszugehen. So sehr von der einen Seite[17]) betont wird, dass der Begriff ein durchaus neutraler sei und abgesehen von der Schuld oder Unschuld des Thäters lediglich das objectiv widerrechtliche Verhalten bezeichnen könne: so ist doch ebenso gewiss, dass in einem andern und gebräuchlicheren Sinne das Wort Unrecht wie die römische iniuria[18]) zugleich den Begriff der Verschuldung in sich birgt; so dass es mindestens nicht gerathen ist, auf diesem zweideutigen Worte zu fussen. Zweckdienlicher scheint es vielmehr, zu untersuchen, ob die an die Uebertretung der Normen geknüpften Rechtsfolgen nur bei schuldhafter Uebertretung eintreten oder auch Unschuldige treffen können. Sollten wir letzteres, wenigstens hinsichtlich eines Theils dieser Rechtsfolgen, bejahen müssen, so wäre im praktischen Ergebnisse das erwiesen, was mit der Annahme eines objectiven Unrechts erzielt werden soll. Ob es passend sei, ein solches schuldloses normwidriges Verhalten als Unrecht zu bezeichnen, kann dann unerörtert bleiben; es genügt, dass es — wie das schuldbare — Rechtsfolgen der Normwidrigkeit nach sich zieht.

Auf den ersten Blick scheint es freilich ungerechtfertigt, dass auch die schuldlose Uebertretung einer Norm von irgend welcher Rechtsfolge betroffen werden könne. Es hat etwas Bestechendes, also zu argumentiren[19]):

---

17) Ihering, a. a. O. S. 6.

18) Z. B. l. 5 § 2 ad legem Aq. 9, 2 »— impubes — — — si sit iam iniuriae capax.«

19) Merkel a. a. O. S. 43. Binding a. a. O. S. 135. Gegen Merkel richtig v. Bar a. a. O. S. 43.

Die Rechtsordnung erlässt ihre Befehle nur an solche Personen, die jeweilen die Fähigkeit haben, diese Befehle zu verstehen. Wendet sich doch die Rechtsordnung an den Willen der ihr Unterworfenen in der Absicht, diesen zu bestimmen. Wie kann daher überhaupt von einer Verletzung dieser Normen gesprochen werden, wo schuldlos dem Befehl nicht gehorcht ward? Wie können in einem solchen Falle die an die Uebertretung geknüpften Folgen gegen den Schuldlosen verhängt werden? Oder gar gegen einen Solchen, dem die Rechtsordnung selbst die Zurechnungsfähigkeit abspricht?

Allerdings ist es richtig, dass die Rechtsordnung nicht wird erwarten können, durch ihre Imperative das Verhalten vernunftberaubter Menschen zu bestimmen. Auch wird sie nie zürnen dürfen, falls eine solche Person Normwidrigkeiten begeht. Eine andere Frage ist es aber, ob sie um desswillen auch auf alle Rechtsfolgen verzichten muss, die an die Uebertretung ihrer Normen anzuknüpfen ihr gerecht schien. Wenn bei ausgebrochenem Brande die Spritzen durch die Strassen einer volkreichen Stadt eilen, kann nicht darauf gerechnet werden, dass das warnende Signal auch von tauben Ohren gehört werde. Und doch droht tauben Personen dieselbe Gefahr. Freilich ist eine Verletzung derer, die das Signal nicht hören, niemals beabsichtigt, sondern stets ein unerwünschtes, wenn auch kaum zu vermeidendes Ereigniss; die Rechtsfolgen der Normwidrigkeit dagegen werden bewusstermassen und absichtlich von der Rechtsordnung verhängt. Aus diesem Unterschiede folgt aber nur, dass alle Rechtsfolgen, welche die Rechtsordnung um der Qualification der That willen androht, im Falle schuldloser Uebertretung unterbleiben müssen. Werden aber gewisse Rechtsfolgen nicht dem Uebertretenden zu Leide verhängt, sondern um anderer Interessen willen, die auch dem Schuld-

losen gegenüber gewahrt werden können: so ist nicht abzusehen, warum die Nichtschuld des Uebertretenden die gar nicht um seiner Schuld willen eintretenden Rechtsfolgen hintanhalten soll. Die Untersuchung ist mithin darauf zu richten, welche Rechtsfolgen Schuld des Uebertretenden voraussetzen und welche nicht.

3. In dem zuletzt Bemerkten liegt bereits ausgesprochen, dass eine Art der möglichen Rechtsfolgen allerdings unverschuldeter Normwidrigkeit niemals zu drohen ist. Nie darf Strafe den Schuldlosen treffen, mag diese Strafe eine öffentliche oder eine sogenannte Privatstrafe sein. Ist doch der Zweck jeder Strafe, dem Uebertreter der Norm ein Uebel zuzufügen, um das Missbehagen auszugleichen, welches die Gemeinschaft in Folge der normwidrigen Handlung empfindet. Sie straft, nicht weil ein durch die Rechtsordnung geschütztes Gut überhaupt gefährdet oder vernichtet ward, sondern weil dies freventlich geschah, da geschah, wo die Gemeinschaft eine Befolgung ihrer Imperative erwarten durfte, wo das Normwidrige nicht bloss geschehen, sondern absichtlich herbeigeführt worden ist. Ein Sichbestimmen zu einem den Thatbestand einer Normwidrigkeit bildenden Verhalten nennen wir Schuld[20]. Hat das öffentliche Gewissen bei

[20]) Auch in dem fahrlässigen Delicte möchte ich trotz des neuerdings namentlich auf civilistischer Seite sich mehrenden Widerspruchs (vgl. z. B. die Bemerkungen bei Lotmar, Ueber causa (1875) S. 8 und Schlossmann, der Vertrag (1876) S. 323 einen Willensfehler, ja geradezu ein positives Wollen des Verbotenen erblicken. Das fahrlässige Delict besteht meines Erachtens in der absichtlichen Uebertretung eines Verbots gefährdender Handlungen, welche jedoch nicht allein für sich, sondern erst unter der Bedingung des Hinzutritts gewisser Folgen unter Strafe gestellt werden — zumeist unter der Bedingung, dass aus der Gefährdung eines rechtlich geschützten Guts eine Verletzung des letzteren entsprungen sei. Nehmen wir ein Beispiel fahrlässiger Tödtung. Wer ein Glas gifterfüllten Wassers ohne die Absicht, dass ein Mensch davon trinke, an einen Ort stellt, wo es leicht von einem Dritten genossen

der Gesetzgebung zu entscheiden, an welche Normwidrigkeiten Strafe zu knüpfen sei, so ist es doch ein durch-

---

werden und so zur Vernichtung eines Menschenlebens führen kann, gefährdet damit menschliches Leben und handelt schon damit normwidrig. Unmöglich kann erst das spätere Trinken des Wassers die Normwidrigkeit nachträglich begründen. Denn denkbarerweise erfolgt der Genuss unter Umständen, die der früher Fahrlässige selbst beim besten Willen nicht mehr abwenden konnte. Unabwendbares aber kann und darf die Rechtsordnung nicht verbieten. Auch ein Verbot unter der Bedingung, dass das oder jenes sich später ereigne, wäre sinnlos; vielmehr ist die gefährdende Handlung unbedingt verboten. Dies zeigt sich auch darin, dass ganz die nämliche Handlung in Verbindung mit dem auf Herbeiführung einer Tödtung gerichteten Willen als Mordversuch angesehen und bestraft werden kann. Die Strafbarkeit in diesem Falle ist aber ein sicheres Zeichen dafür, dass die gefährdende Handlung für sich allein schon normwidrig ist. Und zwar liegt in dem Hinstellen des Glases ein positives Wollen des Verbotenen. Es soll damit nicht gesagt sein, dass die Handlung gerade um ihrer Gefährlichkeit willen vorgenommen worden sein muss. Ein besonderes Wollen der Gefahr ist nicht erforderlich. Ja, es würde leicht ein derartiger Wille die sonst noch straflose Normwidrigkeit sofort zur strafbaren erheben; sei es zum strafbaren Versuche, sei es zu einem besonderen Delicte (z. B. § 324 des Reichsstrafgesetzbuchs). Es genügt vielmehr, dass die objectiv gefährdende und darum verbotene Handlung gewollt ist; solchenfalls wird regelmässig anzunehmen sein, dass der Thäter als vernünftig denkendes Wesen auch das Gefährdende seiner Handlung erkannt habe. Ergeben die Umstände das Gegentheil, weil der Thäter z. B. die Qualität des beigemengten Stoffes nicht kannte, so ist es gleichwohl noch möglich, eine Fahrlässigkeit anzunehmen, jetzt nur um eine Stufe weiter zurück. Denn da jede Gefährdung verboten ist, kann es noch als normwidrig (weil gefährdend) erscheinen, Stoffe, welche möglicherweise Gifte sind, ungeprüft frei und offen hinzustellen. Nicht aber ist das dem Thäter zum Vorwurfe zu machen, dass er den Stoff einer Untersuchung nicht unterworfen hat. Nirgends schreibt die Rechtsordnung eine Prüfung unbekannter Stoffe vor. Vielmehr würde die Normwidrigkeit darin bestehen, dass mit solchen unbekannten Stoffen hantirt worden ist, mithin auch hier in dem Wollen des Verbotenen. So wäre der Fall des § 326 vgl. § 324 des Reichsstrafgesetzbuchs, so der Fall des fahrlässigen Falscheides zu construiren. Die Normwidrigkeit würde erst aufhören, wo auch verständigerweise nicht mehr von Gefährdung gesprochen werden könnte. So ist es regelmässig nicht mehr gefährdend und darum auch nicht mehr verboten, zwar ununtersuchte aber als unschädlich gekaufte Stoffe frei hinzustellen.

gehendes Gebot der Gerechtigkeit, dass die Strafe, wo sie gedroht wird, nur bei verschuldeter Uebertretung eintrete.

Die That verliert schliesslich ihren straffähigen Charakter nicht wegen des Fortfalls der Absicht (der Schuld), sondern wegen Fortfalls einer verbietenden Norm.

Soweit das Verbot reicht, stände nichts im Wege, jede absichtliche Uebertretung desselben mit Strafe zu bedrohen. In der That stellt auch die Rechtsordnung einzelne Fälle der Gefährdung speciell unter Strafe. Bald so, dass überhaupt keine weitere Folge, ja nicht einmal eine im concreten Falle eingetretene wirkliche Gefährdung eines Menschenlebens Voraussetzung der Strafe ist: hier wird, wie im § 367 Z. 5 des Reichsstrafgesetzbuchs, nicht die gefährdende, sondern schon die gefährliche Handlung verboten. In andern Fällen so, dass wenn nicht ein Wollen der Gefahr, so doch ein Wollen der gefährdenden Handlung zum Thatbestande gehört (§ 324 des Reichsstrafgesetzbuchs). In weiteren Fällen wird eine nicht bloss verbotene, sondern auch strafbare Handlung, die eine Gefährdung eines Menschenlebens in sich schliesst, höher bestraft, wenn in Folge derselben der Tod des Gefährdeten eintrat (§ 178. 220. 226. 229. 239. 251. 307 Z. 1 § 315 des Reichsstrafgesetzbuchs). Endlich kommt vor, dass eine gefährdende Handlung rein als solche unter Strafe gestellt wird (§ 312. 321. 323 des Reichsstrafgesetzbuchs). In den letztgedachten Fällen wird kaum gezweifelt werden, dass die Uebertretung dieser Strafgesetze ein doloses Vergehen enthält. Und doch unterscheiden sie sich von den sogenannten fahrlässigen Vergehen nur dadurch, dass bei diesen die normwidrige Handlung allein für sich einer Strafe nicht unterfällt, sondern erst unter der Bedingung, dass die Gefährdung zu einem gewissen Erfolge (die des Menschenlebens z. B. zur Vernichtung eines solchen) geführt hat. Ist dies richtig, so würde damit das Problem des fahrlässigen Delictes sich lösen. Die Eigenthümlichkeit des letzteren würde nicht in der Art der Verschuldung, sondern vielmehr in dem Inhalte der übertretenen Norm als eines Gefährdungsverbotes, vornehmlich aber in der nur bedingten Verknüpfung von Strafe und Normwidrigkeit liegen.

Das Gesagte muss sich an jedem, und sonach auch an dem bekannten, von Schlossmann besprochenen Beispiele erproben. Der am Ofen eingeschlafene Wärter begeht nicht erst in dem Augenblicke eine Normwidrigkeit, da das Feuer ausbricht. In diesem Momente schläft er und ein Schlafender kann nichts verschulden. Die Normwidrigkeit ist früheren Ursprungs. Sie beruht im Einschlafen. Nicht im Wollen des Schlafes, der sich directem Rufe überhaupt nicht fügt. Wohl aber in dem Thun und damit im Wollen aller der Dinge, die in dem concreten Falle den Schlaf herangelockt haben. Mithin, nach den Unter-

Wir verabscheuen es mit Recht, wenn der Strafrichter einen Schuldlosen verurtheilt. Unser Abscheu würde sich gegen die Gesetzgebung kehren, welche den Richter nöthigen wollte, solches zu thun[21]).

Mit dem Satze »keine Strafe ohne Schuld« ist die wesentlichste Anforderung an eine gerechte Strafverhängung gestellt. Sie genügt bei Strafen, die sofort und unmittelbar an die Uebertretung geknüpft sind[22]). Hier ist die

---

stellungen SCHLOSSMANNS, im Lesen des langweiligen Buches und in dem Sichversenken in Träumereien. Jede der hunderterlei Handlungen, welche zum Schlafe führen kann und auf deren Begangenschaft aus dem Schlafe ein Schluss zu ziehen ist, enthält im Zusammenhalt mit der übernommenen Wachtpflicht eine normwidrige Gefährdung. Nur strafbar ist diese Normwidrigkeit allein für sich nicht, selbst dann nicht, wenn sie zum Schlafe geführt hat. Doch kann unter anderen Umständen auch letzteres der Fall sein: man denke an das Schlafen auf Posten. Strafbar wird in unserem Beispiele die Normwidrigkeit erst, wenn sie den Brand verursacht hat.

Selbstverständlich können diese Hindeutungen die schwierige Lehre der fahrlässigen Delicte nicht ergründen. Sie sollen nur die Fassung des Textes gegen einen aus der gewöhnlichen Begriffsbestimmung entnommenen Vorwurf der Fahrlässigkeit decken. Auch waren sie bereits geschrieben, als mir von BINDING's Normen der zweite Band zukam. Aus diesem ersehe ich, dass die hier versuchte Erklärung bereits früher von STUEBEL gegeben worden ist, was mir leider entgangen war. Nun ist aber BINDING's sonst so treffende Kritik gerade der Ansicht STUEBEL's gegenüber auffällig stumm (S. 148—150). Andererseits hat mich auch BINDING's eigene Lehre nicht zu überzeugen vermocht. Denn einmal kann ich nicht dem Willen die weite Ausdehnung geben, welche BINDING's Theorie erheischt (S. 112: »Wir wollen -- mit den Ursachen unbesehen alle ihre Folgen, weil wir überhaupt nicht anders wollen können, als dass wir die Folgen mit in den Kauf nehmen --« vgl. hiergegen jetzt auch GEYER in der kritischen Vierteljahrsschrift XVIIII (1877) S. 441 fg.). Und weiter sehe ich das Strafwürdige einer Handlung nicht sowohl in dem Widerspruche, in den sie zur Norm tritt, als vielmehr in ihrem materiellen Gehalte, in der Gefährdung oder Verletzung fremder Interessen; vgl. Abschnitt I Anm. 59. So habe ich mich entschlossen, die obigen Ausführungen unverändert stehen zu lassen.

[21]) Vortrefflich BINDING, a. a. O. I S. 167.

[22]) Vgl. oben Abschnitt I § 7.

Strafe in ein und demselben Augenblicke verdient, verhängt und verbüsst. Nur mittelbar kann es hier noch den Gegenstand einer künftigen Entscheidung bilden, ob die Strafe verwirkt und damit eingetreten sei [23]). Indessen, diese Bestrafung mit der That selbst bildet durchaus die Ausnahme. Solche Fälle sind heute verschwindend an Zahl. Unser Rechtsbewusstsein verlangt grössere Garantieen. Es lässt die Strafe zumeist erst durch richterliches Erkenntniss verhängen und erst nach einem Verfahren, welches für genügende Vertheidigung des Angeschuldigten hinreichende Sicherheit bietet. Damit trennen sich zeitlich Verschuldung, Verurtheilung und Vollstreckung. Vor der Verurtheilung haben wir nur Strafbare, nach derselben Strafpflichtige, erst nach der Vollstreckung wirklich Bestrafte vor uns. In Folge hiervon sind aber noch weitere Anforderungen zu stellen.

Zunächst und vor Allem, dass auch nur der Schuldige persönlich bestraft werde. Er soll das Uebel empfinden, nicht ein Unschuldiger. Leidet ein solcher mit, so darf dies nur eine vielleicht unvermeidliche, jedoch unbeabsichtigte Reflexwirkung sein [24]). Demzufolge muss jede Bestrafung mit dem Tode des Schuldigen enden. Eine Vererbung der Strafbarkeit und der Strafleistungspflicht ist ebenso unzulässig, wie ein Unglimpf der Leiche gegenüber; auch diesen würden nur die Angehörigen fühlen. Beides ist heute principiell anerkannt. Nur eine einzelne Inconsequenz steht

---

[23]) Wenn z. B. der Gläubiger auf Erfüllung klagt und der Schuldner einredeweise ein Erloschensein der Forderung in Folge verbotener Selbsthülfe behauptet. Hier verhängt das den Kläger auf Grund der Einrede abweisende Urtheil nicht die Strafe, sondern fusst vielmehr auf dem mit der That des Gläubigers zu seiner Strafe eingetretenen Rechtszustande.

[24]) Wenn z. B. dem Ernährer einer Familie Leben oder Freiheit genommen wird.

noch in Kraft [25]). Aber es folgt hieraus auch, dass der Staat verpflichtet ist, die Strafe der Person des Schuldigen aufzuerlegen, und dass er eine Strafverbüssung durch Dritte nicht zulassen darf; auch die Erlegung der Geldstrafen macht keine Ausnahme [26]).

Weiter genügt nicht zur Bestrafung des Schuldigen Verursachung und Verschulden. Damit auf Strafe erkannt werden kann, muss der Schuldige gegenwärtig zurechnungsfähig sein. Zwei Erwägungen machen dies nöthig. Einmal, weil dem Zurechnungslosen nicht die Möglichkeit ausgiebiger Vertheidigung gewährt werden kann. Wie der körperlich Abwesende in schwereren Fällen [26a]), so darf auch der geistig Abwesende nicht verurtheilt werden. Zweitens spricht gegen die Verurtheilung derselbe Grund, der sogleich noch gegen die Vollstreckung anzuführen ist. Denn die Verurtheilung enthält bereits einen Theil der Vollstreckung. Nicht allein insofern, als gewisse Strafen unmittelbar mit der Rechtskraft des Urtheils eintreten [27]), so dass insoweit hier Erkennen und Vollstrecken zusammenfällt. Sondern auch um desswillen, weil die Stellung des Angeschuldigten in der menschlichen Gesellschaft schon durch die Verurtheilung eine Einbusse erfährt, welche zwar keine durch die Rechtsordnung verhängte, aber thatsächlich eine Strafe ist.

Endlich ist noch ein Drittes zu erfordern. Der Schuldige muss zurechnungsfähig bleiben während der ganzen Zeit der Strafvollstreckung. Es ist dies heut zu Tage prin-

---

[25]) § 30 des Reichsstrafgesetzbuchs: »In den Nachlass kann eine Geldstrafe -- vollstreckt werden, wenn das Urtheil bei Lebzeiten des Verurtheilten rechtskräftig geworden war.« Und doch ist das Strafübel nicht die Verurtheilung, sondern die Entziehung der Geldsumme.

[26]) Binding a. a. O. I S. 167 Anm. 285. Bei den actiones poenales der Römer war dies allerdings anders, aus dem Abschnitt I bei Anm. 77 angegebenen Grunde.

[26a]) Strafprocessordnung § 319. 327.

[27]) Z. B. § 31. 33. 35 des Reichsstrafgesetzbuchs.

cipiell anerkannt [28]), bleibt aber meines Erachtens von jedem anderen Standpunkte als von dem der vergeltenden Gerechtigkeit aus unerklärt. Hiernach soll der Schuldige ein Leiden empfinden, zugleich aber dasselbe erkennen als die ihm auferlegte Vergeltung für seine schuldhafte That, ihm auferlegt von der menschlichen Gesellschaft, in der er lebt und deren Ordnung er gebrochen hat. Er darf daher auch des Gefühls nicht beraubt sein für den Zusammenhang zwischen dem Uebel und seiner Schuld. Einen wahnsinnigen Verbrecher enthaupten oder einkerkern, würde uns als nutzlose Grausamkeit, nicht als Gerechtigkeit erscheinen. Dieselbe Erwägung verbietet aber auch, dass ihm durch Vollstreckung von Geldstrafen die Mittel zu besserem Unterhalte entzogen werden.

Das Ergebniss ist: Keine Strafbarkeit ohne Schuld, kein Strafurtheil und keine Strafvollstreckung gegen einen Unzurechnungsfähigen.

4. Es wäre unzulässig, diese Sätze ohne Weiteres auf jede Art möglicher Rechtsfolgen anzuwenden. Strafe und Ausgleichung verfolgen verschiedene Ziele. Es ist daher möglich, dass auch die Voraussetzungen für deren Eintritt ungleich zu stellen sind. Ehe wir uns aber betreffs dieser Möglichkeit entscheiden, haben wir vorerst auf zwei Erscheinungen einzugehen, in denen sich verwandte Fragen darbieten und deren Erkennung und Feststellung mithin für die folgenden Untersuchungen von Werth ist.

Wir sahen bereits oben, dass die Rechtsordnung sich nicht darauf beschränkt, Unerwünschtes durch ihre Normen zu verbieten. Wo sie es vermag, verhindert sie den Eintritt des Unerwünschten selbst. Sie kann dies aber vornehmlich missbilligten Rechtsgeschäften gegenüber. Hier

[28]) § 485 Abs. 2 und § 487 der Strafprocessordnung. — Vgl. auch Heinze, in v. Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts II S. 593.

hat sie die Macht, den angestrebten Erfolg von vornherein zu vereiteln. Damit wird sie sich zumeist auch begnügen können. Der Versuch zu einem Rechtsgeschäfte, dem sie keine rechtliche Wirkung beilegt, wird ihr regelmässig gleichgültig sein. Sie wird ihn daher zumeist nicht verbieten. Doch kann es auch kommen, dass die Rechtsordnung schon den Versuch missbilligt und um deswillen untersagt, ja dass sie die schuldvolle Uebertretung dieses Verbots mit Strafe bedroht. Letztere ist dann die Rechtsfolge des strafbaren Unrechts, welches in dem Versuche des Rechtsgeschäfts liegt. Die Nichtigkeit des Geschäfts dagegen ist niemals die Rechtsfolge einer Normwidrigkeit[29]). Sie bedeutet die Nichtzulassung rechtlicher Wirkungen trotz des sei es verbotenen sei es unverbotenen Versuches, solche zu erzielen, mithin die Festhaltung des Zustandes, der auch ohne diesen Versuch bestanden hätte. Der Wille des Privaten scheitert hier an dem widerstrebenden Willen der Rechtsordnung.

Hieraus folgt, dass die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts[30]) in gleicher Weise eintritt, mag auch der Versuch eines solchen von einem Unschuldigen, ja selbst von einem Unzurechnungsfähigen, ausgegangen sein. Der Ehemann soll das Dotal-

[29]) Dies gilt in gleicher Weise auch da, wo nicht jeder Versuch eines bestimmten Rechtsgeschäfts ohne Rechtswirkung bleibt, sondern nur der einer bestimmten Absicht entsprungene. So ist bei der manumissio in fraudem creditorum nach der lex Aelia Sentia (pr. J. qui quibus I, 6) die Nichtigkeit des Geschäfts nur für diejenigen benachtheiligenden Freilassungen ausgesprochen, die in der Absicht die Gläubiger zu verkürzen vorgenommen worden sind, Der Rechtssatz, der mithin kein selbstständiger ist, lautet hier nicht »Du sollst nicht in fraudem freilassen« sondern »Es kann nicht in fraudem freigelassen werden« und nur ergänzend tritt der wahre Imperativ hinzu: »Du sollst dies auch nicht versuchen.«

[30]) Abgesehen von den Fällen der Anm. 29, da hier Voraussetzung der Nichtigkeit eine bestimmte Absicht des Handelnden und sonach ein Wille, ja zumeist ein Wollen des Verbotenen ist.

grundstück nicht verpfänden. Der Versuch der Belastung lässt sich freilich nicht hindern, allein dieser Act, der nur eine unsichtbare rechtliche Wirkung erzielen soll und eine solche nicht erreicht, bleibt ein gänzlich müssiges Beginnen. Das Geschäft wird nicht um desswillen wirksamer, weil der Ehemann sowol wie sein Mitcontrahent sich betreffs der Qualität des Grundstücks in entschuldbarem Irrthume befanden. Und doch schliesst ein solcher Irrthum jede Schuld aus. Ja, das Grundstück wird auch dann nicht verpfändet, wenn der Ehemann unzurechnungsfähig war. Freilich liegt hier der Einwand nahe: das Geschäft eines Unzurechnungsfähigen ist überhaupt kein Geschäft im Rechtssinne. Gewiss ist dies richtig, allein es erbringt dies nur neuen Beweis. Wie der Handlungsunfähige überhaupt kein Rechtsgeschäft, so kann der Ehemann dies eine Geschäft nicht vornehmen. Er darf es nicht bloss nicht, er vermag es nicht. Ja, es ist überhaupt die Frage, ob neben dem: »Es kann nicht verpfändet werden« noch ein wahrer Imperativ, ein »Du sollst nicht«, nebenhergeht. Für die Handlungsunfähigen [31]) ist ein solches Verbot gewiss nicht erlassen. Kann ich auch nicht zugeben, dass jeder Imperativ der Gesetzgebung von vornherein nur für Zurechnungsfähige gelten wolle, so würde es doch unverständig sein, wenn die Rechtsordnung eine Norm lediglich für solche gebe, die sie nicht zu fassen vermöchten. Hier lautet der Rechtssatz sicherlich nur: »Der Wahnsinnige etc. kann kein Rechtsgeschäft vornehmen.« Dies aber ist, da ihm der Imperativ fehlt, kein selbstständiger Rechtssatz. Auf die Be-

---

[31]) Handlungsunfähigkeit im engeren Sinne d. h. im Sinne von Geschäftsunfähigkeit fällt zumeist mit der Unzurechnungsfähigkeit zusammen — wenigstens ist jeder Unzurechnungsfähige auch geschäftsunfähig, wenn auch nicht umgekehrt. Ich supponire daher im Texte den gewöhnlichen Fall, dass der Handlungsunfähige auch unzurechnungsfähig ist.

deutung derartiger unselbstständiger Sätze werde ich unten zurückkommen[32]). Ob bei anderen für nichtig erklärten Geschäften neben dem: »Es kann nicht« noch ein »Du sollst nicht« besteht, ist eine Frage der Auslegung. Ist das ganze Geschäft der Rechtsordnung unbekannt oder doch in solcher Form nicht bekannt, dann ist ein Imperativ sicherlich nicht vorhanden. Keine Norm schrieb in klassischer Zeit den Römern vor: »Ihr sollt kein Testament nur vor drei Zeugen errichten« oder »Ihr sollt Euch nicht blosser Beredung sondern der Stipulationsform bedienen«. Es genügte der Rechtsordnung vollkommen, den nicht in Mancipationsform ausgesprochenen letzten Willen oder das nudum pactum zu ignoriren. In derartigen Fällen sind die Erklärungen zwar leere und fruchtlose, aber nicht normwidrige Versuche, Rechtswirkungen zu erzielen. Möglicherweise ist aber der Rechtsordnung auch schon der Versuch unwillkommen und um desswillen von ihr verboten. Ein sicheres Zeichen hierfür ist, wenn derselbe mit Strafe bedroht wird[33]). Dann lautet der Satz nicht bloss: »Es kann das Geschäft nicht vorgenommen werden« sondern daneben im Imperativ: »Du sollst es auch nicht versuchen«. Mag aber der Versuch verboten sein oder nicht, jedenfalls ist die von der Rechtsordnung ausgesprochene Nichtigkeit des Actes[34]) unabhängig von Schuld oder Unschuld des Handelnden. Freilich ist sie aber auch keine Folge der Normwidrigkeit.

5. Die Erzielung rechtlicher Wirkungen durch eine darauf gerichtete Erklärung kann die Rechtsordnung jederzeit vereiteln — genauer gesprochen, rechtliche Wirkungen treten überhaupt nur ein, wo die Rechtsordnung sie zulässt. Die Erklärung selbst, sowie jede andere menschliche Handlung

---

[32]) Abschnitt VII § 9.

[33]) Beispiele oben Abschnitt I Anm. 33.

[34]) Wiederum mit der Beschränkung der Anm. 30.

dagegen kann das Recht zwar verbieten, aber damit nicht unmöglich machen. In verhältnissmässig wenig Fällen vermögen die dazu verpflichteten staatlichen Organe den Eintritt verbotener Handlungen zu verhindern — nur da, wo Gewalt das Vorhaben hemmen kann und wo diese Gewalt auch zu rechter Zeit und am rechten Orte zu Gebote steht.

Wo aber Letzteres zutrifft, ist es gleich, ob Normwidrigkeit Seitens eines Schuldbewussten oder eines gänzlich Unschuldigen droht. Auch völlig schuldlose Uebertretungen sind möglichst zu verhindern. Nach Absperrung eines Gehöfts, in welchem die Rinderpest ausgebrochen ist, haben die Wächter dem Ein- und Austritte eines Jeden entgegenzutreten. Es macht keinen Unterschied, ob die Kommenden und Gehenden zurechnungsfähig sind oder nicht. Freilich, auch Thieren gegenüber haben die Wächter die gleiche Verpflichtung. So könnte man meinen, der Imperativ wende sich allein an die Wächter: »Ihr sollt nichts ausnoch eingehen lassen« — und nur zur Unterstützung dieses Gebots ergehe weiter an zurechnungsfähige Menschen das Verbot: »Ihr sollt nicht aus- noch eingehen.« Die Möglichkeit dieser Auffassung schwindet jedoch, sobald wir den Fall in etwas verschieben. Nehmen wir statt des Angestellten, dem es Berufspflicht ist, Normwidrigkeiten zu verhindern, sowie statt des in seiner eigenen Gütersphäre Bedrohten einen völlig unbetheiligten Dritten. Wenn ein solcher den Unzurechnungsfähigen hindert, die angeordnete Sperre zu durchbrechen, so ist dies sicherlich keine Normwidrigkeit. Auch hier liegt freilich der Einwand nahe: das gleiche gilt Thieren gegenüber. Allein hier ist ein Unterschied nachweisbar. Thieren gegenüber kann eine Normwidrigkeit überhaupt nicht begangen werden [35]. Nie ist es verboten, Krähen z. B. vom öffentlichen Wege

[35]) Inwiefern durch Handlungen an Thieren die Rechte anderer Menschen verletzt werden können, kommt hier nicht in Betracht.

zu verjagen. Wenn dagegen ein Kind oder ein Cretin verhindert wird, auf einem Wege zu gehen, den zu betreten unverboten ist, so begeht der Hindernde selbst eine Normwidrigkeit, für welche er privatrechtlich, ja möglicherweise strafrechtlich, verantwortlich gemacht werden kann. Was aber könnte die nämliche Hinderung bei angeordneter Absperrung als erlaubt und ohne diese Sperre als verboten erscheinen lassen, wenn das Sperrverbot dem Unzurechnungsfähigen überhaupt nicht gilt und mithin in dem ersten wie in dem zweiten Falle sein freies Herumgehen in gleicher Weise nicht verboten ist? Die verschiedene Behandlung der beiden Fälle weist meines Erachtens mit Nothwendigkeit darauf hin, dass die Hinderung im ersten Falle erlaubt ist, weil sie eine Normwidrigkeit verhütet, dass mithin aber auch das Verbot an alle, auch an die unzurechnungsfähigen Menschen ergeht[36]).

---

[36]) Die nämlichen Grundsätze werden auch betreffs der Frage entscheiden, ob die Tödtung eines Unzurechnungsfähigen, welche zur Abwehr eines Angriffs desselben nach den Umständen erforderlich war, als Nothwehr erlaubt oder nur als eine im Nothstande begangene Handlung straflos sei. Für letzteres entscheidet sich gegenwärtig die herrschende Lehre — vgl. Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts § 53 Anm. 6 S. 252 und die hier Citirten; auch Oppenhoff, Strafgesetzbuch, § 53 n. 6 hat seit der 4. Aufl. seine frühere Ansicht, dass Nothwehr vorliege, verlassen. Dennoch möchte ich an letztgedachter Auffassung festhalten. Zunächst ist es für den Angegriffenen nicht gleichgültig, ob er sich sagen muss, er habe Unrecht gethan und bleibe nur straflos, oder ob er sich von jeder Normwidrigkeit frei weiss. Zudem würde er sich, wollte man nur Nothstand annehmen, dann strafbar machen, wenn er letzteren schuldhaft herbeigeführt oder auf andere Weise zu beseitigen vermocht hätte. Aber praktisch ungleich wichtiger wird die Frage für Dritte. Wer den Angreifer tödtet, um auf diese einzig mögliche Art das Leben eines Anderen, z. B. seines angegriffenen Freundes, zu retten, handelt regelmässig in Nothwehr und begeht keine Normwidrigkeit. Aber er würde sich nach der Lehre der Gegner in hohem Masse strafbar machen, sobald der Angriff, wie er wusste, von einem Irrsinnigen ausging. Denn der Nothstand entschuldigt nur Handlungen, welche zur Rettung des eigenen Lebens oder des Lebens eines Angehörigen begangen

6. Ich wende mich nunmehr zu dem Falle, da die Norm thatsächlich übertreten und damit das Interesse verletzt worden ist, welches durch die Norm geschützt werden sollte. Zugleich nehme ich an, dass die Uebertretung völlig schuldlos erfolgte oder, um die Frage nach der Möglichkeit einer Schuld von vornherein auszuschliessen, dass sie von einem Unzurechnungsfähigen ausging.

Diejenigen, welche mit Merkel und Binding die Imperative der Gesetzgebung nur auf willensfähige Menschen beschränken, müssen folgerichtig annehmen: keine Norm band den Zurechnungslosen, keine Norm ist mithin übertreten, keinerlei »Rechtsfolge« einer Normwidrigkeit darf mithin eintreten. Die Verletzung des Interesses ist vielleicht auch für die Gesammtheit ein unwillkommenes und bedauerliches Ereigniss, nicht aber eine verbotene Handlung. Möge sich Jeder gegen die Verletzung durch Unzurechnungsfähige vorsehen, wie es ihm überlassen wird, sich gegen Wind und Wetter, Mäusefrass und sonstiges Un-

werden. Der rettende Freund würde sonach in letzterem Falle wegen Mordes oder doch wegen Todtschlags zu bestrafen sein. Dies aber erscheint mir als ein ganz unerträgliches Resultat. Ich vermag nicht einzusehen, wie man dieselbe That einmal straflos lassen und das andere mal mit Zuchthaus bestrafen will, je nachdem der Angreifende seiner Sinne mächtig war oder nicht. Ist es denn die Strafbarkeit des Angreifers, welche die Nothwehr rechtfertigt, oder die bedrohte Lage des Angegriffenen? Und wenn die letztere, wie kann dann der Geisteszustand des Angreifenden über Straflosigkeit oder Strafbarkeit des Vertheidigers entscheiden, obschon seine Beschaffenheit doch die Lage des Angegriffenen weder mehr noch minder gefährdet? Offenbar ist es die Qualification des Angriffs als eines »rechtswidrigen« bei der Definition der Nothwehr in unserem Strafgesetzbuche, welche die Gegner irreleitet. Beschränkt man aber die Normen nicht auf die Zurechnungsfähigen, so bleibt auch der Angriff eines Irrsinnigen rechtswidrig. Uebrigens würde meines Erachtens als Voraussetzung der Nothwehr genügen, wenn der Angriff kein rechtmässiger war. Und rechtmässig d. h. positiv berechtigt ist ganz sicher auch der Angriff eines Irren nicht — so wenig wie der eines Thieres. Für die hier vertretene Anschauung erklärt sich auch v. Bar a. a. O. S. 44.

gemach zu schützen. Thut er dies nicht, so trifft ihn der Schaden. Die Rechtsordnung ist nicht verletzt worden, sie hat auch keine Veranlassung, ihm Hülfe zu gewähren.

Voll und ganz wird diese Consequenz von MERKEL gezogen. Ihm steht die Handlung des Vernunftberaubten [37]) auf gleicher Linie mit dem Walten der Naturkraft. Suche sich ein Jeder hiergegen zu schützen wie er kann und mag: die Rechtsordnung übernimmt seinen Schutz nur vernünftigen und schuldvollen Wesen gegenüber.

Schon früher habe ich mein Einverständniss damit erklärt, dass es, so lange die Verletzung rechtlich geschützter Güter nur droht, dem hierdurch Gefährdeten unverboten bleibt, mit eigner Kraft seine Güter zu schützen — und dass es hierbei allerdings gleichgültig ist [38]), ob die Verletzung durch leblose Dinge droht oder ob ein Angriff vorliegt, und ob letzterer wieder von einem Thiere oder von einem Menschen, von einem Wahnsinnigen, Schuldlosen oder Schuldbewussten ausgeht. Sofort wird aber die Sachlage anders, wenn es sich nicht mehr um Vertheidigung handelt. Ist der thatsächliche Zustand, wenn auch gegen das Recht, einmal verändert, so zeigt sich der Unterschied zwischen Mensch und Thier. Hat mir der Wolf mein Lamm geraubt, so darf ich mir helfen, wie ich es immer vermag. Gewalt und List sind mir gestattet, ich darf mir das Geraubte zurückholen und den Räuber dazu. Das Recht ist nicht mit mir, aber auch nicht gegen mich. Anders, falls ein Mensch die wenn auch schuldlose Ursache der Besitzveränderung war [39]). Ihm gegenüber ist Selbsthülfe ver-

---

[37]) Dem MERKEL den Willensfähigen aber Schuldlosen mit Recht gleichstellt.

[38]) D. h. für die Vertheidigung selbst, nicht für das Mass und die Mittel derselben.

[39]) Um dem Einwande aus l. 1 § 3 de adq. v. a. p. 41, 2 »furiosus — non potest incipere possidere« zu begegnen, setze ich den Fall, dass die Besitzentziehung von einem Willensfähigen ausging, der sich in

boten, in gleicher Weise verboten, mag der Besitzer meiner Sache sich nunmehr in bösem Glauben befinden oder nach wie vor schuldlos sein oder, seiner Vernunft beraubt, eine »Aufklärung« im Sinne HAELSCHNER's überhaupt nicht mehr zulassen. Auch der vom Wahnsinn Ergriffene beibt Mensch. Er, wie jeder vom Weibe Geborene, ist Glied der staatlichen Gemeinschaft, ihn wie jeden Anderen deckt die Rechtsordnung mit ihrem schützenden Schilde. Mit gebundenen Händen stehe ich ihm gegenüber. Gewalt gegen seine Person ist mir verboten, ja sogar bei Strafe verboten. Die staatliche Hülfe soll anrufen, wer von seinem Mitmenschen etwas beansprucht. Ist es da billig und gerecht, wenn diese gerichtliche Hülfe mir nicht gewährt wird, ja nicht gewährt werden kann, da deren Voraussetzung, eine Normwidrigkeit, ermangelt? Dem wilden Thiere gegenüber darf ich auch im Angriff von eigener Kraft Gebrauch machen, gegen den Wahnsinnigen nicht: aber der Ersatz der Selbsthülfe, die Rechtfertigung ihrer Ausschliessung, die Hülfe des Staats sollte mir versagt sein?

Positiv kann jedoch der Nachweis geliefert werden, dass die Normen in der That auch dem Unzurechnungsfähigen gelten. Es ergiebt sich dies aus der einen unzweifelhaften und nie bezweifelten Thatsache: dass die Rechtsordnung Verpflichtungen der Unzurechnungsfähigen kennt. Auf die verschiedenste Weise können solche entstehen — entstehen, ohne dass auch nur von vorangegangener Verschuldung gesprochen werden könnte. Nahm Jemand z. B., als er noch Herr seiner Sinne war, ein Darlehn auf, rückzahlbar nach Jahresfrist, so befand er sich, wenn er vor Ablauf des Jahres geisteskrank wurde, nicht einen Augenblick in Verschuldung. Seine

entschuldbarem Irrthume befand, und dass der Thäter vor Aufklärung seines Irrthums unzurechnungsfähig geworden ist.

Verhaftung begann zwar sofort mit Empfang des Darlehns. Denn sofort traf ihn die Norm: »Du sollst das Versprochene erfüllen, mithin das Darlehn nach Jahresfrist zurückzahlen.« Allein diese Norm konnte gemäss ihres Inhalts erst vom Verfalltage ab übertreten werden und dann erst konnte auch die Frage der Verschuldung auftauchen. Ohne Verschuldung, ja ohne die Möglichkeit, ein Verchulden herbeizuführen, wird hier doch eine Verpflichtung anerkannt. Und nimmt man Anstoss, dass der Obligirte es war, der einstens selbst die Verbindlichkeit übernahm, so denke man sich den Fall etwas anders. Man nehme einen Wahnsinnigen, der ungefragt Erbe seines Vaters geworden und so eine Schuld überkommen hatte, deren Erfüllungstermin später erst eintrat. Oder man nehme endlich die Fälle, in denen die Obligation erst gegen den Unzurechnungsfähigen entsprang[40]. Zweifellos liegt hier eine Verpflichtung ohne die Spur einer Verschuldung vor. Wenn aber die Rechtsordnung Jemand für verpflichtet erklärt, was heisst dies dann anders, als dass ein Gebot oder ein Verbot an ihn ergeht? Vielleicht liegt noch ein Mehreres in dem Begriffe. Vielleicht liegt zugleich darin das Versprechen der Rechtshülfe für den Fall, dass dem Imperativ nicht gefolgt werden sollte, mithin die Ertheilung eines Anspruchs: es mag dies hier dahingestellt bleiben. Eine Norm aber, ein »Du sollst« oder »Du sollst nicht«, liegt begrifflich in jeder Verpflichtung.

Es ist belehrend zu sehen, wie das Gefühl für das Richtige auch da sich Bahn bricht, wo von einem gegentheiligen Principe der Ausgang genommen wird. Wie Merkel behauptet auch Binding[41], ein rechtliches Verbot oder Gebot richte sich nur an solche, die jeweilen die Fähigkeit haben ihm zu entsprechen; das Gesetz binde

---

[40]) l. 46 de O. et A. 44, 7: »Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur« — l. 10. 11 de op. novi n. 39, 1.

[41]) A. a. O. I S. 135. 136. 141.

»diejenigen nicht, die im einzelnen Falle ihres Thätigwerdens [42]) handlungsunfähig sind«. Ganz folgerichtig lehrt mithin BINDING weiter: »Auch der Zufall in Person hat keine Rechtspflichten. Eine Rechtspflicht die Sache dem Eigenthümer zurückzustellen, tritt erst ein, wenn der zufällige Rechtsstörer sich in einen schuldhaften verwandelt, und nur einem solchen legt das Urtheil [43]) die Restitutions-Verbindlichkeit auf.« Trotzdem spricht BINDING da, wo er wider MERKEL den Unterschied zwischen Strafe und (dem von ihm sogenannten) Schadenersatz, den beiden »Rechtsfolgen« der Normübertretung, in meisterhafter Weise begründet, unbefangen aus: »Schuldlosigkeit ist notwendiger Ausschliessungsgrund für die Strafe, nicht für die Verpflichtung zum Schadenersatz« »die Verpflichtung zum Schadenersatz kann als in der schuldhaften That als solcher wurzelnd nicht betrachtet werden, sonst müsste sie mit der Schuld erlöschen und könnte ohne Schuld nicht entstehen« [44]). Mithin erkennt auch BINDING eine Verpflichtung an, die vor jeder Verschuldung eintritt, und damit eine Norm, die sich schon jetzt an den Schuldlosen wendet. Noch offener tritt der Widerspruch in den Ausführungen des zweiten Bandes zu Tage. Mit gleicher Entschiedenheit behauptet hier BINDING: »Durch die Normen gebunden können - - nur diejenigen werden, welche fähig sind, ihre Handlungen normal zu gestalten. Der dazu Un-

[42]) Auch in der Nichterfüllung einer Schuld sieht BINDING eine Schädigung durch Thun. Denn der Schuldner ist »durch und durch aktiv und verletzt die Forderung: non laede!« S. 146. Vgl. Abschnitt I Anm. 101.

[43]) Denn BINDING lässt nach S. 136 Klagen auch gegen Unschuldige zu (mithin noch ehe eine Verbindlichkeit derselben besteht), da und insoweit dieselben durch das Urtheil in Schuld versetzt werden können. Auf diese Dissonanz komme ich Anm. 52 zurück.

[44]) A. a. O. S. 168. Sogar vom bonae fidei possessor speciell heisst es hier, er sei »zum vollen Schadenersatz verpflichtet«, während

fähige ist nicht Untertan des Gesetzes - -«[44a]). Die Folge müsste dann sein, dass Handlungsunfähige niemals im Rechtssinne verpflichtet sein könnten. Denn es »bedeutet die Rechtspflicht eines Menschen in bestimmter Weise zu handeln[44b]) für ihn nichts Anderes als eine Auflage seine Handlungen - - einem fremden Willen, nämlich dem des Gesetzes, nachzugestalten«. Keine Norm und folgeweise keine Rechtspflicht könnte mithin das Kind und den Wahnsinnigen treffen. Und doch wurde unmittelbar zuvor ausgeführt: »es steht - - principiell gar nichts im Wege nicht nur handlungsunfähige Menschen, sondern auch Nicht-Menschen als Rechts- und Pflicht-Subjecte anzuerkennen«[44c]). Gegen das Rechts-Subject lässt sich nichts sagen; um so mehr aber nach den Prämissen BINDINGS gegen das handlungsunfähige Pflicht-Subject. Wie kann eine Verpflichtung im Rechtssinne anders entstehen als durch einen rechtlichen Imperativ? Und wie kann sie dem Handlungsunfähigen auferlegt werden, wenn keine Norm diesen trifft?[44d]) Ich denke, man sieht, dass eben diese letztere Voraussetzung unhaltbar ist und dass der feststehende und auch von BINDING anerkannte Satz von der Pflichtfähigkeit handlungsunfähiger Personen auf das Entschiedenste beweist, dass die Normen dem Handlungsunfähigen sogut wie dem Handlungsfähigen gelten.

S. 141 der Behauptung, die Verpflichtung trete vor der Verurtheilung ein und mithin vor Verwandlung der bona fides in eine mala fides, der entschiedenste Widerspruch entgegengesetzt war!

[44a]) Normen II S. 54.

[44b]) Und »durch jedes Verbot oder Gebot nötigt das Recht den Menschen zu einer Beschränkung seiner Willkühr.« Normen I S. 32.

[44c]) Normen II S. 48.

[44d]) Man könnte meinen, die Normen träfen nicht die handlungsunfähigen Personen, wohl aber statt dieser deren gesetzliche Vertreter. Nicht der Pflegling wäre dann verpflichtet, sondern lediglich sein Vormund — wenn auch des Letzteren Verbindlichkeit dahin ginge, statt des Curanden etwas zu thun z. B. aus dessen Vermögen zu zahlen. Die Unhaltbarkeit einer solchen Construction wird die weitere Dar-

7. Bezwecken die Normen, menschliche Interessen gegen verschuldete, wie gegen schuldlose Verletzung durch Menschen zu schützen, so wird doch die Rechtsordnung auf eine Befolgung ihrer Imperative Seitens Unzurechnungsfähiger kaum rechnen dürfen. Diesen gegenüber wird sie sich mit Aufstellung ihrer Gebote und Verbote am Wenigsten begnügen können. Wenn überhaupt, muss hier an die Uebertretung der Norm, falls der Schutz nicht illusorisch werden soll, eine praktische Folge geknüpft werden. Von den zwei grossen Gruppen möglicher Rechtsfolgen der Normwidrigkeit ist die eine, welche auf Strafe abzielt, ausgeschlossen. Nur die Ausgleichung ist noch in Frage und zunächst deren vornehmlichste Gestalt, der Erfüllungszwang.

Einem principiellen Bedenken ist sofort zu begegnen. Es wird gelehrt[45]), ein jeder Zwang, und sonach auch der auf Erfüllung, richte sich gegen den Willen des Normwidrigen. Gegen ihn allein werde auch im Erfüllungszwange reagirt; sei doch der Zweck eines jeden Rechtszwanges,

---

stellung ergeben; auch Binding fasst die Sache nicht so. Er spricht (II S. 49) davon, dass die Handlungsfähigkeit »von ihrem Träger entliehen werden kann um handlungsunfähigen Personen Rechte - - zu verschaffen - - - - und ihre Pflichten zu erfüllen«. Und anderen Orts (II S. 52) theilt er die Pflichten »in zwei Gruppen: Die Einen sagen, - - - - der Verpflichtete muss entweder selbst, oder falls er dazu ausser Stande sein sollte, - - muss aus - - seiner Pflicht ein handlungsfähiger - - Nichtverpflichteter«.

[45]) Merkel a. a. O. S. 58. 59. »Schliesst das Unrecht in allen seinen Formen - - einen Zwiespalt zwischen jenem und diesem Willen ein« (sc. Einzelwillen und Gemeinwillen), »so muss der das Unrecht bekämpfende Rechtszwang in allen seinen Formen wesentlich eine Aufhebung dieses Zwiespalts bezwecken.« Beipflichtend Wahlberg in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts II S. 432 und früher Haelschner, Gerichtssaal XXI S. 26. Auch Ihering, der gegen den Willen als Moment des subjectiven Rechts mit grosser, ja meines Erachtens mit allzugrosser Energie aufgetreten ist, findet doch (Schuldmoment S. 6) rechtliche Gegenmassregeln nur um desswillen nöthig, weil sich ein »menschlicher Wille« dem Berechtigten entgegenstellt.

den Zwiespalt zwischen Einzelwillen und Gemeinwillen aufzuheben. Wäre dies richtig, dann wäre freilich wie jede Strafe auch der Erfüllungszwang gegen den Unzurechnungsfähigen ausgeschlossen. Es hätte keinen Sinn, auf den Willen desjenigen einwirken zu wollen, dem die Rechtsordnung selbst die Willensfähigkeit abspricht. Allein der Satz ist nicht haltbar. Bekannte Erscheinungen unseres Rechtslebens stehen mit ihm in unauflöslichem Widerspruche. Käme es der Rechtsordnung darauf an, den widerstrebenden Willen zu beugen, so bliebe unerklärt, wie sie dem Gläubiger die Annahme des ihm Geschuldeten von Seiten eines Dritten zumuthen kann, obschon solchenfalls der sich auflehnende Wille des Schuldners völlig ungebrochen bleibt. Unerklärt wäre ferner, warum der Anspruch hinwegfällt, wenn der Berechtigte sonstwie zu dem Seinen gekommen ist oder auch nur ein zureichendes Interesse an der Erfüllung verloren hat[46]). Unerklärt bliebe endlich das Vorgehen bei der Execution. Die Zwangsmittel, die sich gegen den Willen des Verurtheilten richten, wie Androhung von Geldstrafen und Haft, wären dann die einzig correcten. Nicht bloss subsidiär müssten sie Anwendung finden, da nämlich, wo sich das durch den missachteten Imperativ Angestrebte einzig und allein durch den Willen des Schuldigen realisiren lässt, sondern allgemein und ausschliesslich. Wozu die Sache des Klägers dem Verurtheilten hinwegnehmen, wozu Pfändung und Befriedigung aus dem Erlöse, wozu Ersatz der dem Verurtheilten obliegenden Erklärungen und sonstigen Handlungen durch richterlichen Spruch[47]) oder durch die Handlungen Dritter, da alle diese Mittel den Willen des Schuldigen innerlich ungebeugt lassen? Diese Erscheinungen beweisen, dass der Erfüllungszwang einen

[46]) Hartmann, die Obligation (1875) S. 54 fg.
[47]) Unten Anm. 54).

anderen Zweck verfolgt, als das Brechen des widerstrebenden Willens. Die Norm selbst ist nicht wie der Hut Gesslers gesetzt, nur um den Gehorsam der ihr Unterworfenen zu erproben. Es sind von der Gesammtheit als schutzwürdig erkannte Interessen, deren Wahrung oder Förderung das Verbot oder Gebot erstrebte. Erwies sich diese Hoffnung als eitel, so tritt eben um desselben Interesses willen Erfüllungszwang ein. Verfolgt doch letzterer kein anderes Ziel als die übertretene Norm: die Erreichung des Zustandes, welchen herbeizuführen oder festzuhalten das Gebot oder Verbot bezweckte. Die Nichtbefolgung der Norm ist nur der Anlass, wesshalb zu weiteren und stärkeren Mitteln gegriffen wird. Ganz irrig wäre es, zu denken, dass es der Rechtsordnung gerade auf das Gehorchen ankäme. Die Norm wie die Normbefolgung ist ihr nur Mittel zum Zwecke; sie erstrebt den Zustand, der bei Befolgung ihrer Imperative eintreten würde. Wenn aber Zweck des Erfüllungszwanges das Interesse ist, welches schon durch die Norm befriedigt werden sollte und nunmehr selbst gegen den widerstrebenden Willen des Uebertreters geschützt werden soll, so erhellt, dass die Beschaffenheit ebenso wie das Vorhandensein dieses Willens indifferent sein muss. Kann selbst das Widerstreben eine Wahrung des Interesses nicht hemmen, so vermag ein blosses Nichtwollen offenbar nicht zu hindern. Dann steht aber auch einer Vollstreckung gegen den Unzurechnungsfähigen nichts im Wege. Mindestens da nicht, wo die Handlung des Normunterworfenen nicht das einzige Mittel ist, um den gewünschten Zustand herbeizuführen. Wo letzteres der Fall[48]), hat eine Vollstreckung natürlich zu unterbleiben. Immerhin sind solche

---

[48]) Wie beim Zeugnisszwang oder beim Zwang behufs Abschlusses einer Ehe. Im ersteren Falle ist eine Vertretung durch Andere naturgemäss, im letzteren Falle durch Rechtssatz ausgeschlossen. Vgl. Civilprocessordnung § 779.

Fälle nur Ausnahmen. Im Uebrigen findet Erfüllungszwang auch gegen Unzurechnungsfähige statt, sowohl auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts[49]) wie auf dem des Privatrechts. Nur sind selbstverständlich auch hier diejenigen Mittel ausgeschlossen, welche auf den Willen des Unzurechnungsfähigen eine Pression ausüben sollen[49a]). Dass die Hülfe nicht willkürlich erfolgt, sondern, soweit dies angeht, in den auch für Zurechnungsfähige geltenden und jedenfalls in rechtlich geordneten Formen d. h. als Rechtshülfe, ist Ausfluss der Anerkennung des Vernunftberaubten als eines Menschen und einer Rechtspersönlichkeit. Diese Anerkennung bewirkt, dass nicht ein beliebiges Zugreifen sei es dem Berechtigten selbst sei es der exequirenden Behörde gestattet wird.

8. Mehr und mehr wird erkannt, dass der Erfüllungszwang nicht Beugung des Willens, sondern Wahrung eines Interesses bezweckt. So von BINDING[50]) und neuerdings auch von HAELSCHNER[51]). Aber Beide schrecken doch vor der reinen Durchführung der Consequenzen zurück. BINDING lässt zwar Klagen gegen Schuldlose zu, allein nur um desswillen, weil dieselben durch die Verurtheilung in Schuld versetzt werden können; erst durch das Urtheil entstehe ihre Verpflich-

---

[49]) So hat die nach § 32 des Reichsgesetzes vom 21. Dec. 1871, betr. die Beschränkungen des Grundeigenthumes in der Umgebung von Festungen, angeordnete Beseitigung normwidriger Anlagen ev. durch die Polizeibehörde zu erfolgen — gewisslich nicht minder, wenn die Anlage von einem Unzurechnungsfähigen ausging. So sind nach § 8 der Instruction zu dem Reichsgesetze vom 7. April 1869 »Menschen und sonstige Gegenstände auf kürzestem Wege wieder über die Grenze zurückzubringen« — mithin zweifellos auch willensunfähige Menschen. So werden die Steuern auch von Handlungsunfähigen erhoben.

[49a]) Abschnitt I Anm. 98 vgl. mit Anm. 99. 120 fg. — Richtig LOENING, Vertragsbruch (1876) S. 531.

[50]) A. a. O. I S. 168.

[51]) Gerichtssaal XXVIII S. 406. 407.

tung [52]). Wo die Möglichkeit fehlt, den Gegner in Schuld zu versetzen, muss demnach jeder Rechtszwang versagen. Und auch Haelschner lehrt noch neuerdings [53]: »Das Unrecht, und mit ihm ein Klagrecht, beginnt erst, wenn, was am Rechte begründet ist, in zurechenbarer, wenn auch schuldloser Weise nicht gewollt wird«. Dies schuldlose Unrecht werde durch die Verurtheilung entweder aufgeklärt oder in schuldhaftes Unrecht verwandelt.

Das Einseitige dieser Auffassung, wonach jeder Erfüllungszwang ein Urtheil zur Voraussetzung habe, will ich nicht betonen. Wohl aber muss ich bestreiten, dass, wo eine Verurtheilung erfolgt, erst die hierdurch herbeigeführte Verschuldung die »Rechtspflicht« begründet oder den Erfüllungszwang rechtfertigt. Dieser Auffassung steht die Thatsache entgegen, dass, wo die Sache sich dazu eignet, das Urtheil selbst die Execution übernimmt. Erscheint der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet, so wird diese Erklärung sofort in dem Urtheile supplirt [54]. In demselben Momente, in welchem der Verurtheilte in Schuld kommen könnte, ist das Urtheil auch bereits vollstreckt. Die Execution braucht mithin nicht erst die Schuld des Beklagten zu erwarten; letztere zählt nicht zu ihren Voraussetzungen.

Vornehmlich liesse uns aber die bekämpfte Theorie Unzurechnungsfähigen gegenüber völlig im Stich. Hier fehlt jede Möglichkeit, den schuldlosen Verpflichteten durch Auf-

---

[52]) S. 135—141. Wie Binding dazu gelangt, ein Klagrecht anzuerkennen, bevor die Verpflichtung des Beklagten entstanden ist, mithin eine Rechtsfolge einer Normübertretung vor letzterer selbst, bleibt unklar. Ebenso, wie der Richter eine noch nicht vorhandene Rechtspflicht durch sein Urtheil erst begründen darf. Normaler Weise hat das Urtheil nur auszusprechen, dass eine Verpflichtung besteht, ja zur Zeit der Klagerhebung schon bestand.

[53]) A. a. O. S. 404.

[54]) Civilprocessordnung § 779.

klärung in Schuld zu versetzen. Freilich wird ein Ausweg proponirt. Die Voraussetzung des Klagrechts sei hier, »dass der Wille seines rechtlichen Vertreters den rechtswidrigen Zustand als zu Recht bestehend festhält und behauptet«[55]). Mit andern Worten, des Vormunds Wille rechtfertige die Klage, die Verurtheilung setze den Vormund in Schuld und diese Schuld ermögliche die Execution in das Vermögen des Pfleglings[55a]).

Es überrascht sofort, wie der Bevormundete dazu kommen soll, die Schuld seines Vertreters mit eigenem Vermögen zu büssen. Auf das Rechtssprüchwort: »dolus tutoris puero neque nocere neque prodesse debere[56])« darf man sich hierfür offenbar nicht berufen. Es besagt, dass der Pflegling durch seines Vormunds rechtswidriges Ver-

---

[55]) Haelschner a. a. O. S. 403.

[55a]) Es wäre übrigens viel zu eng, wenn man etwa nur behufs Wahrung vermögensrechtlicher Interessen einen Erfüllungszwang gegen Unzurechnungsfähige statuiren wollte. Schlechterdings Alles, was mittels eines Gebots erreicht oder mittels eines Verbots hintangehalten werden soll, ist auch dem Unzurechnungsfähigen gegenüber zu erzwingen, falls nur der Zwang auch gegen Zurechnungsfähige stattzufinden hätte und zwar in einer Form, welche von der eigenen Handlung des Verpflichteten absieht. Ist beispielsweise der Unzurechnungsfähige zur Abgabe irgend einer Willenserklärung verpflichtet — er hat z. B. noch bei gesundem Verstande die väterliche Einwilligung zur Verehelichung seines Kindes grundlos verweigert — so kann, da hier das richterliche Urtheil die Erklärung ersetzt — auch gegen den durch seinen Vormund vertretenen Willenlosen Klage und Urtheil ergehen. Vgl. auch l. 30 § 5—7 de fideic. libertatibus 40, 5. Ebenso würde es mir unbedenklich scheinen, in einem Ehescheidungsprocesse gegen den des Ehebruchs beschuldigten Beklagten, falls dieser nach erfolgtem Zugeständniss der Klage oder nach geführtem Beweise wahnsinnig würde, nichtsdestoweniger den die Ehe lösenden Spruch zu fällen. Denn die Scheidung soll das Interesse der Klägerschaft wahren und ich sehe nicht, wie hier der Irrsinn des Beklagten ein Hinderniss bilden kann. Giebt doch hin und wieder nach Particularrecht unheilbarer Wahnsinn des einen Gatten für den andern Theil sogar einen gesetzlichen Grund ab, auf Scheidung zu klagen. Vgl. auch l. 22 § 7 soluto matr[o]. 24, 3.

[56]) l. 3 quando ex facto 26,9—l. 3 § 1 de tributoria actione 14, 4.

halten zwar nicht gewinnen, aber auch nicht beeinträchtigt werden soll. Worin aber sollte hier die Bereicherung liegen? Hätte der Vormund den Process nicht geführt, so hätte es nach Ansicht der Gegner in Ermangelung einer Verschuldung zu keinem Erfüllungszwang kommen können. Dem Pflegling wäre nicht besser zu dienen, als wenn sich der Vormund, je schlechter die Sache des Pfleglings stünde, um so entschiedener weigerte, den Process zu übernehmen. Nicht in des Pfleglings Interesse, sondern in dem seines Gegners würde der Curator thatsächlich bestellt. Er wäre dazu da, die nothwendige Zwischenperson abzugeben, da nach der bekämpften Ansicht irgend Jemand absolut in Verschuldung kommen muss, damit ein Rechtszwang eintreten kann. Ihn würde die Rechtsordnung aussuchen, um ihn schuldig werden zu lassen — dann aber verhängt sie nicht über ihn, sondern über seinen Pflegling die Execution.

9. Unseren Quellen ist eine derartige Anschauung fremd. Stets hat der Vormund im Interesse des Mündels zu handeln. Um desswillen soll er gewissenhaft prüfen, ob der gegen seinen Pflegling erhobene Anspruch gerechtfertigt sei. Findet er dies, soll er den Berechtigten ohne Process befriedigen [57]). Entgegengesetzten Falls aber hat er die Vertretung seines Pfleglings zu führen [58]), was bei Handlungsunfähigen nur dadurch geschehen kann, dass er selbst den Process übernimmt [59]). Wenn es zur Verurtheilung kommt und wenn nach neuerem Rechte actio iudicati und Execution gegen das Vermögen des Pfleglings gekehrt wird [60]), so heisst das nicht, dass erst die Verschuldung des

[57]) l. 10 de administratione 26, 7.

[58]) l. 30 eod.: »tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat« — c. 8 pr. § 4 C. de periculo tutorum 5, 37.

[59]) l. 1 § 2 de administratione 26, 7.

[60]) l. 2 pr. eod. — l. 7 quando ex facto 26, 9 — l. 4 § 1 de re iudicata 42, 1.

Vormundes die Vollstreckung ermöglichte, sondern dass die Vertheidigung des Vormundes den Erfüllungszwang nicht abzuwenden vermochte. Die Defension hat dem Pflegling nicht geschadet, sondern nur nicht genützt. Dies zeigt sich auf das Schlagendste, wenn wir damit den Fall vergleichen, da der Pflegling unvertreten bleibt. So leicht wird letzteres freilich schon nach römischen Rechte nicht vorkommen[60a]). Denn in Ermangelung eines Vormunds werden auch Blutsverwandte und Verschwägerte und andere nahestehende Personen gefragt, ob sie zur Defension bereit seien[61]). Findet sich jedoch Niemand, dann bleibt der Berechtigte nicht schutzlos. Ein Urtheil freilich kann dem Wahnsinnigen gegenüber nicht erwirkt werden[62]). Denn weder kann er den Process übernehmen[63]), noch auch nur vor Gericht gerufen werden[64]). Allein der Wahnsinnige wird als unvertheidigt angesehen und zu Gunsten seiner Gläubiger[65]) erfolgt nicht allein eine Einweisung in den Besitz, sondern auch ein Verkauf seines Gutes[66]). Das römische Recht

---

[60a]) Nach § 54. 55 der Reichscivilprocessordnung wird der Fall überhaupt nicht mehr eintreten können.

[61]) l. 5 pr. § 1 quibus ex causis in poss. 42, 4.

[62]) l. 9 de re iudicata 42, 1.

[63]) l. 1 § 2 de administratione 26, 7.

[64]) l. 4 pr. de in ius vocando 2, 4. Vgl. auch c. 2 pr. C. de annali exceptione 7, 40.

[65]) Worunter aber auch diejenigen zu verstehen sind, die einen dinglichen Anspruch verfolgen; l. 6 § 16 quibus ex causis 42, 4.

[66]) l. 5 § 1 l. 7 § 9—11 eodem. Ebenso fand Zwangsvollstreckung gegenüber dem Vermögen unvertheidigter juristischer Personen statt: l. 8 quod cuiuscumque universitatis 3, 4. Gegen unvertretene Kinder erfolgte Einweisung zunächst nur zwecks Sicherung (l. 3 pr. quibus ex causis 42, 4 — l. 28 i. f. de rebus auctoritate 42, 5 — l. 15 § 29 de damno infecto 39, 2 Paul. S. R. V 5[b] § 1) und erst nach erlangter Geschlechtsreife Verkauf und Befriedigung (l. 5 § 2. 3 quibus ex causis 42, 4 — l. 33 § 1 de rebus auctoritate 42, 5). Jedoch war für den Erbschaftsgläubiger schon früher Verkauf des ererbten Gutes zu erreichen (l. 3 pr. quibus ex causis 42, 4 — l. 6 pr. de rebus 42, 5).

kennt mithin vollen Erfüllungszwang auch dem Unzurechnungsfähigen gegenüber, nicht vermittelt durch die Verschuldung eines Dritten.

10. Wir sind zu folgendem Ergebnisse gelangt. Die Gebote und Verbote des Rechts wenden sich nicht nur an willensfähige Menschen. Die Unzurechnungsfähigen sind ihnen ebenfalls unterworfen. Das Verhalten der Letzteren ist sonach als normwidrig zu bezeichnen, sobald es mit den Imperativen der Rechtsordnung in Widerspruch tritt. Auch können sich weitere Rechtsfolgen an solche Normwidrigkeit knüpfen. Sämmtliche Rechtssätze freilich, welche eine Bestrafung des Normübertreters bezwecken, bleiben gerechterweise dem Unzurechnungsfähigen gegenüber ausgeschlossen. Wohl aber treten die auf Erfüllung abzielenden Rechtsfolgen ein, freilich nur insoweit, als das mittels der Normen Erstrebte auch ohne den Willen des Normunterworfenen erreicht werden kann. Unter dieser Voraussetzung aber ist principiell kein Unterschied zu machen, ob das Gebotene oder Verbotene, um dessen zwangsweise Verwirklichung es sich handelt, den Inhalt einer primären Norm bildet oder erst den einer secundären Norm, welche aus der Uebertretung einer primären Norm entspringt. Es ist einem Jeden verboten zu stehlen; aber der Dieb soll Ersatz leisten. Die Entschädigung nun, der Zweck der secundären Norm, wird zwangsweise auch dann realisirt, wenn der Dieb selbst unzurechnungsfähig geworden oder von Unzurechnungsfähigen beerbt worden ist[67]). Freilich bleibt, in Anwendung des oben Bemerkten, Erfüllungszwang

[67]) l. 2 de condict. furt. 13, 1. »Condictione ex causa furtiva et furiosi et infantes obligantur, cum heredes necessarii exstiterunt, quamvis cum eis agi non possit.« — Selbstverständlich schliesst das Gesagte nicht aus, dass viele dieser secundären Normen ihre Eigenthümlichkeit haben und die durch sie begründete Pflicht beispielsweise mit dem Tode des Verpflichteten enden kann.

ausgeschlossen, falls das durch die secundäre Norm Befohlene eben nur durch die Handlung des Verpflichteten erreicht werden kann. Darum hatte beispielsweise der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Leistung der Urfehde oder der privatrechtliche auf Stellung einer cautio de non amplius turbando zu cessiren, wenn der an sich Verpflichtete in Wahnsinn verfallen war[68]).

Von der zuletzt berührten Frage ist scharf die andere zu scheiden, ob überhaupt die normwidrige That eines Unzurechnungsfähigen die an die Normübertretung geknüpften secundären Normen hervorzurufen geeignet ist oder ob dies nur die Handlung, ja sogar nur die schuldvolle Handlung eines Zurechnungsfähigen vermag. Auf diese letztere Frage kann keine einheitliche Antwort gegeben werden. Es wäre zuvor nöthig, jede einzelne secundäre Norm speciell nach ihren Voraussetzungen zu prüfen. Im Allgemeinen nur darf gesagt werden, dass die an eine Normwidrigkeit geknüpften, Entschädigung oder Sicherung bezweckenden secundären Verpflichtungen regelmässig eine schuldhafte Uebertretung zur Vorbedingung haben. Insbesondere ist die fundamentalste aller Entschädigungspflichten, die wegen Verletzung fremden Eigenthums, lediglich an die verschuldete Uebertretung der primären Norm geknüpft. Der Satz: »nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld«[69]) ist noch heute in Geltung. Doch vermag ich nicht in Preis und Lob dieses Satzes unbedingt mit einzustimmen. Wohl betrachte ich ihn als ein geschichtlich nothwendiges Glied der Entwicklung, als eine Reaction gegen die rohere Rechtsanschauung früherer Zeit, welche nicht anstand, selbst Strafe über den Schuldlosen zu ver-

---

[68]) Zudem wären Gelübde und Cautionsstellung zwecklos gewesen, da beide begehrt wurden, damit deren Leistung auf die künftigen Entschliessungen des Leistenden einwirke.

[69]) Ihering, Schuldmoment, S. 40.

hängen[70]. Allein die Reaction ging meines Erachtens zu weit und ich möchte bezweifeln, ob der Satz unserem heutigen Gerechtigkeitsgefühle in der That völlig entspricht[71]. Indessen muss ich an dieser Stelle auf den Versuch ver-

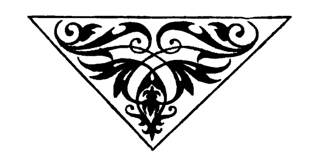
---

[70]) Die Strafe sollte nunmehr nur noch Schuldige treffen und sonach auch die Ersatzpflicht, welche den Römern häufig als Strafe erschien. Vergl. Abschnitt I Anm. 161. Darum heisst es in l. 60 de rei vind. 6, 1: »Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est.« l. 61 i. f. de adm. et per. tut. 26, 7: »impune autem puto admittendum, quod per furorem alicuius accidit.«

[71]) Dass nicht jede Schädigung eines Andern den Schädiger zum Ersatze verpflichten kann, versteht sich freilich von selbst. Wenn zwei Personen auf der Strasse im Laufe zusammenprallen, würde nur eine sehr naive Anschauung verkennen können, dass unmöglich demjenigen, dessen Eigenthum beschädigt wurde, ein Ersatzanspruch gegen den Unbeschädigt-Gebliebenen zuzusprechen ist. Würde doch sonst die Folge sein, dass der glücklich Davongekommene zuletzt den Schaden tragen müsste und dass umgekehrt der zunächst Beschädigte schliesslich keinen Verlust erlitte; das Glück des Ersteren würde in Wahrheit sein Unglück werden. Sind doch auch hier Beide gemeinsam Verursacher der Schädigung. Anders aber scheint mir die Sache zu liegen, falls den Beschädigten absolut keine Schuld trifft, den Schädiger aber nur um desswillen nicht, weil er sich zur Zeit der That in unzurechnungsfähigem Zustande befand. Wenn im Hôtel ein Gast, von bösen Träumen geplagt, im Schlafe aufspringt und noch in völliger Bewusstlosigkeit Geschirr und Spiegel zertrümmert; wenn ein Kind auf dem Markte in kindischem Muthwillen in die aufgestellten Töpfe hineinwirft; wenn ein Passant, auf der Strasse von plötzlicher Ohnmacht ergriffen, in einen Aufbau zerbrechlicher Sachen hineinstürzt oder, von Tobsucht befallen, dieselben absichtlich zerschlägt: so werden meines Erachtens weder die Umstehenden noch auch die Betheiligten selbst die Entschädigungspflicht des schuldlosen Thäters bezweifeln. Ich berufe mich getrost auf das Urtheil der Laien, ob es ihnen gerecht und billig erscheint, wenn der Jurist in solchen Fällen den Ersatzanspruch abweisen muss, obschon der Gast, der Passant und das Kind genügendes Vermögen besitzen, um, ohne selbst in Noth zu kommen, den angerichteten Schaden zu decken. Auch scheint mir eine Inconsequenz vorzuliegen gegenüber anderen Entscheidungen des Rechts. Haben leblose Sachen Schaden verursacht, so darf sie der Beschädigte dem Eigenthümer vorenthalten (l. 6. 7 § 2; l. 9 § 1—3 de damno inf. 39, 2), einerlei, ob dieser zurechnungsfähig ist oder nicht. Ebensowenig macht letzterer Umstand einen Unterschied betreffs der Haftpflicht des Eigenthümers, falls ein

zichten, die Voraussetzungen zu formuliren, unter welchen meines Erachtens eine Ersatzpflicht auch bei unverschuldeter Schädigung gerechterweise anerkannt werden könnte.

Thier Schaden angerichtet hat. In solchen Fällen haftet mithin der Unzurechnungsfähige mit Theilen seines Vermögens, obschon weder von seiner Schuld noch von einer Schuld der leblosen Sachen oder Thiere im Ernste gesprochen werden kann (l. 1 § 3 si quadrupes 9, 1 »nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret«; vgl. freilich l. 1 § 11 eod. und hierzu VANGEROW, Pandekten § 689 Anm. und betreffs des »vitium loci« BEKKER, Aktionen I S. 194). Es ist mithin weder billig noch folgerichtig, dass der Zurechnungslose völlig haftfrei bleibt, wenn seine eigene Körperkraft die Schädigung bewirkt hat. Auch die fehlgeschlagenen Versuche, die Ersatzpflicht des Unzurechnungsfähigen positivrechtlich zu begründen (bei VANGEROW a. a. O. § 571 Anm. 2), sind wenigstens Anzeichen für das Bedürfniss einer derartigen Satzung.





III.

Oeffentliche und private Rechte.

Alles Recht einer Gemeinschaft besteht in Imperativen; das objective Recht ist der allgemeine Wille. Von dieser Grundlage aus ist zu versuchen, weiterhin dasjenige zu bestimmen, was wir als das Recht des Einzelnen oder als subjectives Recht zu bezeichnen pflegen. Bei dieser Untersuchung wird es vor Allem darauf ankommen, die einzelnen Privatrechte einer genauen Analyse zu unterwerfen. Stellen doch die Privatrechte die vollkommensten und ausgeprägtesten subjectiven Rechte dar. Ehe ich mich aber zu der Bestimmung der einzelnen Privatrechte wende, scheint es räthlich, zuvor noch, vorbehältlich späterer Feststellung des Begriffs des subjetiven Rechtes selbst, die beiden Gruppen des letzteren, die öffentlichen und die Privatrechte, von einander zu scheiden.

1. Für eine Abgrenzung der öffentlichen und der Privatrechte giebt uns das Wesen der Normen selbst keinen Anhalt. Eine jede Norm drückt den Willen der Rechtsgemeinschaft aus, mag sich dieser Wille in einem Gesetze ausgesprochen finden oder aus seiner Verwirklichung im

Leben hervorgehen. Auch ist dieser Wille stets auf ein gewisses äusseres Verhalten derer gerichtet, welche der Norm unterworfen sind; eine jede Norm enthält einen Imperativ. Entstehung und allgemeiner Inhalt sind mithin für jede Norm die gleichen. Es ist vollkommen richtig, wenn Binding sagt[1]: »jede Norm ist - - - öffentlich rechtlicher Natur, jede Normverletzung eine Verletzung des öffentlichen Rechts.«

2. Ebensowenig entscheidet über die in Frage stehende Qualität eines Rechtes die Person, an welche sich der Imperativ wendet. Nicht alle Normen begründen ein Privatrecht, welche den Einzelnen, nicht alle ein öffentliches Recht, welche einen Vertreter des Gemeinwesens verpflichten. Die Gebote der Gestellung zum Militärdienst und der Rückzahlung eines empfangenen Darlehns, die Verbote des Schmuggelns und der Vorenthaltung fremden Eigenthums können sämmtlich eine Privatperson treffen, obschon je der erste Imperativ ein öffentliches, der zweite ein Privatrecht begründet. Ebenso wird noch die folgende Darstellung Beispiele für privatrechtliche Verpflichtungen des Gemeinwesens bringen.

3. Umgekehrt wird im Anschluss an die Aussprüche des römischen Rechts[2] die Eintheilung in öffentliches und Privatrecht vielfach danach bemessen, ob die Imperative zu Gunsten des Gemeinwesens oder der Einzelnen gegeben seien. Das öffentliche Recht sei zum Schutze der öffentlichen Interessen, das Privatrecht zu dem der Einzelnen bestimmt. Das entscheidende Kriterium würde hiernach

---

[1]) Normen I S. 144.

[2]) Ulpianus in l. 1 § 2 de iustitia et iure 1, 1 (§ 4 J. eod. 1,1): »publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.«

in den Zwecken liegen, welche die Rechtsordnung bei Aufstellung ihrer Normen verfolgt[3]).

Aber auch dieser Versuch hält einer näheren Prüfung nicht Stand. Es ist nicht möglich, die Interessen des Gemeinwesens und der Einzelnen in solcher Weise einander gegenüber zu stellen.

Zunächst bezweckt eine jede Norm, das Wohl der Gemeinschaft zu fördern[4]). Die gesetzgebenden Factoren zumal sind geradezu verpflichtet, ihren Ausspruch darüber, was Recht sein solle, nach ihrem besten Wissen und Gewissen lediglich im Interesse des Gemeinwesens abzugeben. In dieser Beziehung besteht nicht der mindeste Unterschied zwischen den Normen, die ein öffentliches, und solchen, die ein Privatrecht begründen. Selbst dem Eigenthum, das wir entschieden zu den Privatrechten zählen, wird der staatliche Schutz nicht um der Person seines einzelnen Trägers willen zu Theil. Nicht aus Rücksicht für Hinz oder Kunz wird deren Eigenthum von der Rechtsordnung geschützt: um des gemeinen Interesses willen wird das Rechtsinstitut des Eigenthums aufgestellt, da der ausschliessliche Genuss

---

[3]) So Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie 3. Aufl. S. 340. »Das Princip kann nur im Inhalte und Zwecke des objectiven wie des subjectiven Rechts liegen; die römische Bestimmung, dass das Privatrecht 'ad utilitatem singulorum spectat', das öffentliche 'ad statum reipublicae' ist die einzig richtige und auch völlig zureichende: utilitas singulorum ist das besondere Interesse der Einzelnen als solcher, ihr Privatinteresse, status reipublicae der Zustand und die Interessen des Staats und der Gesammtheit.« Aehnlich Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 1. 9. 130: »Das Privatrecht gegenüber dem öffentlichen Rechte hat zum Inhalte die rechtliche Ordnung derjenigen Güter oder Interessen des Privatlebens, welche als Bestandtheile des Gemeinlebens ihrem Subjecte durch dritte Personen äusserlich verletzbar und durch das Gemeinwesen äusserlich schützbar, mithin einer rechtlichen Normirung empfänglich und bedürftig sind.«

[4]) Richtig Merkel, Kriminalistische Abhandlungen S. 62; ihm zustimmend Haelschner, Gerichtssaal 1869 S. 112.

der sachlichen Güter Seitens Einzelner für das Fortschreiten der Cultur und sonach für das gesammte Gemeinwesen von eminentester Wichtigkeit ist und das Eigenthum die Ermöglichung und Sicherung dieses Genusses bezweckt. Ein Ausdruck solcher Gedanken ist es, wenn einzelne Verfassungsurkunden die Unverletzlichkeit des Eigenthums garantiren [5]) oder wenn PAULUS das private Dotalrecht mit den Worten einleitet: »rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.« [6])

Umgekehrt wird ferner das Interesse des Gemeinwesens mit den wahren Interessen der Einzelnen zusammenfallen. Denn die Gemeinschaft besteht aus den Einzelnen; sie ist nicht etwas von diesen Verschiedenes. Insofern sind alle Rechtssätze im Interesse der Einzelnen aufgestellt, ohne Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht. Aber allerdings lässt sich hier eine nähere und eine entferntere Betheiligung der Einzelnen unterscheiden. Gewisse rechtlich geschützte Güter sind allen Gliedern des Staats in der Art gemeinsam, dass sie nicht dem Einen entzogen, dem Andern gelassen werden können. Ein Angriff gegen das Staatsgebiet bedroht das Gut der staatlichen Integrität für alle Angehörigen desselben zugleich; der Mord des Landesherrn raubt einem jeden Bürger sein staatliches Haupt. Es sind dies Güter, welche ein Zusammenleben im Staate zur nothwendigen Voraussetzung haben. Andere dagegen, wie Leben und Freiheit und Sachbesitz, können auch ohne eine Gemeinschaft von Menschen gedacht werden und sind sonach Güter der Einzelnen in hervorragendem Sinne. Werden sie beeinträchtigt, so wird jedesmal auch das Interesse ihres einzelnen Trägers besonders verletzt. Möglich wäre es daher, alle diejenigen Normen, welche — wenn auch im all-

---

[5]) Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat Art. 9.

[6]) l. 2 de iure dotium 23, 3.

gemeinen Interesse gegeben — doch derartige Güter der Einzelnen [7]) zu schützen bestimmt sind, aus dem öffentlichen Rechte zu scheiden und, da sie speciell ad utilitatem singulorum spectant, als Privatrecht zu bezeichnen. Dann aber müssten die Normen, welche den Schutz des Lebens, der Freiheit, der Integrität des Körpers, der Ehre im Allgemeinen und der Geschlechtsehre der Frau im Besonderen bezwecken, in gleicher Weise aus dem öffentlichen Rechte ausscheiden und in das Gebiet des Privatrechts fallen, wie die Verbote, welche den Eigenthums- und Besitzschutz begründen. Denn vom Standpunkte des Einzelinteresses aus wird ein Unterschied zwischen den gedachten Normen nicht behauptet werden können. Es wäre willkürlich, zu sagen, dem Einzelnen liege besonders daran, dass ihm sein Besitz, nicht aber, dass ihm sein Leben, seine Freiheit, seine Gesundheit nicht genommen werde. Eine derartige weite Bestimmung des Privatrechts würde jedoch unserer Rechtsanschauung durchaus widersprechen. Wir sind nicht gewohnt, im Morde, in der Nothzucht, im Menschenraube nur Verletzungen eines Privatrechtes zu erblicken.

Die gegnerische Ansicht müsste sich da vornehmlich bewähren, wo ein Gesetz ausdrücklich im Interesse einzelner Personenclassen oder selbst einzelner Personen erlassen wird; ein solches müsste immer und stets ein Privatrecht der Letzteren begründen [8]). Nun haben Schutzzölle und Einfuhrverbote oftmals ausgesprochenermassen den Zweck, einzelnen Industriezweigen zu Hülfe zu kommen, ja denkbarerweise beziehen sie sich auf den Schutz eines bestimmten Etablissements. Wenn hier Ihering bemerkt: »der

[7]) Ich werde dieselben kurzweg als Specialgüter und Specialinteressen bezeichnen.

[8]) So würden die »Rechtsnormen, welche lediglich zu Gunsten des Angeklagten gegeben sind« — § 378 der Strafprocessordnung — ein Privatrecht des Angeklagten eingeführt haben.

Staat erlässt das Gesetz in Wirklichkeit in seinem Interesse, welches hier freilich mit dem der Fabrikanten - - Hand in Hand geht«[9]), so ist dies nicht mehr und nicht minder wahr wie bei jedweder Norm. Der Schutzzoll wird allerdings wie ein jedes Gesetz nur im Interesse der Gesammtheit bestimmt (oder es sollte dies doch wenigstens der Fall sein) — allein das Interesse des Gemeinwesens wird hier doch nur mittelbar gewahrt, nämlich durch die Förderung der Interessen einer einzelnen, für die Gesammtheit wichtigen Industrie. Und doch wird Niemand behaupten wollen, dass letzterer aus dem Zollgesetze ein Privatrecht erwachse — selbst dann nicht, wenn als Zweck des Gesetzes der Schutz eines einzelnen Unternehmens ausdrücklich genannt worden wäre[10]). Schon jetzt können wir sagen: ein Privatinteresse, dem der Schutz bestimmt ist, macht letzteren noch nicht zum Privatrechte; erst die Art, wie dieser Schutz gewährt wird, ist für die Qualification desselben entscheidend. Ja, wir sind schlechterdings nicht im Stande, die Zugehörigkeit einer Norm zum öffentlichen oder zum Privatrecht zu bestimmen, wenn wir lediglich die Norm vor Augen haben. So kann das den Markenschutz begrün-

---

[9]) Geist III § 61 S. 328. 3. Aufl. S. 339. Ich bemerke jedoch, dass Ihering nur im Ausdruck der gegnerischen Auffassung zuzustimmen scheint. Denn unmittelbar darauf bezeichnet er als das Kriterium der Privatrechte ganz richtig den Selbstschutz des Interesses, die Klage; ich würde lieber sagen: den privatrechtlichen Anspruch.

[10]) Man erinnere sich z. B., wie in neuester Zeit bei den Reichstagsverhandlungen im April 1877 über den Gesetzentwurf betr. die Erhebung einer Ausgleichsabgabe der Schutz der heimischen Eisenproduction und insbesondere der der Elsässer Werke gegenüber der durch die acquits - à - caution begünstigten französischen Concurrenz als Zweck des Gesetzes bezeichnet wurde. Wollte man hier in Abrede stellen, dass die Proposition »singulorum utilitatem« bezweckt habe, so wüsste ich nicht, welches Gesetz dieser Anforderung entsprechen soll.

dende Verbot [11]): »Du sollst nicht ein Waarenzeichen führen, welches von einem Gewerbetreibenden in vorschriftsmässiger Weise zur Eintragung in das Handelsregister gebracht worden ist« ebensogut dem öffentlichen wie dem Privatrechte angehören. Erst die Rechtsfolgen, die an die Uebertretung der Norm geknüpft sind, ermöglichen eine Charakterisirung der letzteren [12]).

4. Von manchen wird eingeräumt, dass allerdings erst die Art, in welcher den speciellen Interessen der Einzelnen Seitens der Rechtsgemeinschaft Schutz zu Theil werde, diesen als das Privatrecht der Einzelnen erscheinen lasse. Allein das unterscheidende Moment wird fälschlich darein gesetzt, dass die ein Privatrecht begründende Norm [13]) im Gegensatz

---

[11]) Vgl. § 13 des Reichsgesetzes über Markenschutz vom 30. November 1874.

[12]) Ein lehrreiches weiteres Beispiel bietet die Bestimmung mancher Stadtordnungen, wonach Häuser auf der Sonnenseite nicht weiss angestrichen werden dürfen. Dass dies nicht aus höheren Gründen des allgemeinen Wohles verordnet wird, dass nicht das Heil der Stadt, sondern lediglich das Augenheil der gegenüber wohnenden Personen hierbei in Frage kommt, ist offensichtlich. Und doch erhalten die Letzteren hieraus kein Privatrecht, falls sich die Stadt das Einschreiten gegen die Contravenienten vorbehalten hat. Oder man vgl. l. 2 § 24 ne quid in loco publ. 43, 8: »Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus.« — Uebrigens wird selbst ein Privatrecht hin und wieder dem Einen ertheilt um des Privatinteresses eines Andern willen. So die actio negotiorum gestorum contraria nach l. 1 de neg. gestis 3, 5 und l. 5 pr. i. f. de O. et A. 44, 7 um des Interesses des Geschäftsherrn willen; ähnlich steht es mit der Beschränkung der legandi potestas nach pr. J. de lege Falc. 2, 22 »idque ipsorum testatorum gratia provisum est«, mit der der in integrum restitutio nach l. 24 § 1 de minoribus 4, 4, ja selbst mit der Einschränkung der Macht des Eigenthümers über seine Sclaven nach § 2 J. de his qui sui 1, 8: »dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam - - denegetur his, qui iuste deprecantur.«

[13]) Es sei gestattet, die ein Privatrecht begründenden Normen künftighin kurzweg als privatrechtliche Normen zu bezeichnen.

zu allen übrigen, welche unbedingt gegeben seien, ihre Befehle von dem Wollen des Berechtigten abhängig mache. Auch das Privatrecht würde hiernach zwar auf dem allgemeinen Willen beruhen; die Imperative der Rechtsgemeinschaft würden aber dahin gehen, dass dem Willen eines Einzelnen nachgekommen werde. Ein privatrechtliches Unrecht würde zwar, wie jedes Unrecht, in einem dem allgemeinen Willen widersprechenden Verhalten bestehen — aber das Charakteristische desselben würde darin zu finden sein, dass es zugleich mit dem Willen des Privatberechtigten in Widerspruch träte, da die Norm eine Befolgung dieses Willens verlangt. Mit andern Worten, das Privatunrecht würde nur mittelbares Unrecht sein.

Diese Auffassung, welche früher ziemlich verbreitet und vornehmlich von HAELSCHNER[14]) vertheidigt worden war, dann aber in BINDING, einem ihrer früheren Anhänger, einen entschiedenen Gegner gefunden hatte[15]), wird trotz des gegen sie geführten energischen Angriffs neuerdings wieder von HAELSCHNER[16]) und ebenso auch von

[14]) Gerichtssaal XXI (1869) S. 11—36. 81—114; besonders S. 89. 94: »Während -- das civile Unrecht dem Rechte nur mittelbar soweit es in dem die vermögensrechtlichen Zustände schaffenden und ordnenden Willen der Person sein Dasein hat, widerspricht, enthält das criminelle Unrecht einen unmittelbaren Widerspruch gegen das Recht, die rechtliche Ordnung.«

[15]) Normen I S. 142 N. 247 S. 149—157.

[16]) Gerichtssaal XXVIII (1876) S. 423. »Indem es sich« (nämlich beim reinen Civilunrecht) »darum handelt, dass nicht geleistet wird, was der Berechtigte auf Grund der rechtlichen Norm zu fordern hat, tritt der rechtswidrige Wille zur rechtlichen Norm nur mittelbar, vermittelst des Willens des Berechtigten in Widerspruch --« S. 427. »Es (handelt sich) bei der strafbaren Uebertretung um einen der unmittelbaren Forderung des Gesetzes widersprechenden Ungehorsam, bei dem reinen Civilunrechte um einen Ungehorsam gegen das --, was der Berechtigte auf Grund des Gesetzes zu fordern hat.« Sogleich hier möchte ich Verwahrung dagegen einlegen, dass in der erstcitirten Stelle das, »was der Berechtigte auf Grund der rechtlichen Norm zu fordern

Lenel[17]) vertreten. Ihr gegenüber ist mit aller Bestimmtheit die Unterschiedslosigkeit sämmtlicher Normen in dieser Beziehung zu betonen. Die Mehrzahl der privatrechtlichen Imperative lautet nicht minder unbedingt wie die Mehrzahl der übrigen Normen[18]).

Vorerst bedarf jedoch eine Erscheinung der Erklärung, welche die gegnerische Ansicht auf den ersten Blick unterstützt. Die weitaus überwiegende Zahl der Normen, welche Specialgüter der Einzelnen zu schützen bestimmt sind, verbieten eine Verletzung dieser Güter nur insofern, als deren Träger nicht selbst in die Verletzung willigt. Die Beschädigung fremder Sachen mit Genehmigung des Eigners ist sowenig widerrechtlich, wie die Freiheitsberaubung oder die Körperverletzung eines Einwilligenden[19]). Die Norm geht nur dahin, die sachlichen Güter, die Freiheit, die körperliche Integrität eines Andern ohne dessen Genehmigung nicht zu verletzen. Hiernach vermag der Inhaber dieser Güter durch seine Zustimmung die Handlung der sonst ihr anhaftenden Normwidrigkeit zu entkleiden. Doch erweist sich dieser Satz als durchaus verschieden von dem,

---

hat« (d. h. also doch, was er fordern darf), sofort mit dem wirklichen Verlangen des Berechtigten, mit dessen thatsächlichem Fordern identificirt wird.

[17]) Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen (1876) S. 3. 5.

[18]) Ich bin fern davon, in Abrede stellen zu wollen, dass privatrechtliche Normen ihr Soll hin und wieder nur für den Fall aussprechen, dass der hierzu Berechtigte ein gewisses Verlangen kundgegeben hat. Ich leugne nur, dass dies bei jeder oder auch nur bei der Mehrzahl der privatrechtlichen Normen der Fall ist und weiterhin, dass darin etwas dem Privatrechte Eigenthümliches liegt. Auch die öffentlichrechtliche Verpflichtung des Richters, den Schuldner zu verurtheilen, der Unterpfandsbehörde, Hypotheken einzutragen oder zur Löschung zu bringen, des Untersuchungsgerichts, das Antragsdelict zu verfolgen, ist von dem Verlangen des Klägers, Eigenthümers, Pfandgläubigers oder Verletzten abhängig.

[19]) Des Näheren wird hiervon in Abschnitt IV bei Anm. 1—4. 52—55 gesprochen werden.

welchen die Gegner aufstellen. In Wahrheit wird in den gedachten Fällen die Normwidrigkeit durch die positive Zustimmung des Interessenten ausgeschlossen, nach der Ansicht der Gegner soll das civile Unrecht erst durch das Verlangen des Verletzten entstehen. Während die Zustimmung ein Moment ist, welches die Widerrechtlichkeit der Handlung aufhebt, soll nach der bekämpften Auffassung das civile Unrecht erst damit beginnen, dass sich der Interessent verletzt zu fühlen erklärt. Vor Allem aber offenbart unser Satz keineswegs nur auf privatrechtlichem Gebiete seine Wirkung. Die absichtliche Beschädigung einer fremden Sache mit Zustimmung des Eigenthümers enthält überhaupt keine Normwidrigkeit. Sie zieht daher keinerlei Rechtsfolge einer Normübertretung nach sich, weder einen Privatanspruch des Eigenthümers noch eine öffentliche Strafe. Man sieht, die gedachte Erscheinung steht ausser allem Zusammenhang mit der hier bekämpften Lehre.

Die Zustimmung des Interessenten vermag für gewöhnlich der Verletzung seiner Interessen die Eigenschaft einer Normwidrigkeit zu nehmen — dann aber nicht bloss auf dem Gebiete des Privatrechts, sondern für das gesammte Recht überhaupt. Dagegen ist durchaus zu bestreiten, dass die privatrechtlichen Imperative stets nur die Befolgung dieses oder jenes Verlangens des Berechtigten vorschreiben und sonach nur dadurch übertreten werden können, dass dem berechtigten Verlangen nicht nachgekommen wird. Weder die Gebote noch die Verbote des Privatrechts sind regelmässig in solcher Weise bedingt. Das Gebot »Du sollst das empfangene Darlehn zu dem bedungenen Termine zurückzahlen« kann zwar ebenso wie das Verbot »Du sollst fremdes Eigenthum nicht vorenthalten« durch Einwilligung des Berechtigten in die Nichtrückzahlung oder Vorenthaltung beseitigt werden. Aber es würde irrig sein, mit

Lenel in das Gebot oder Verbot als Voraussetzung, an welche der Imperativ geknüpft wird, das Verlangen des Berechtigten aufzunehmen. Die rechtliche Verpflichtung zur Rückzahlung des Darlehns und zur Herausgabe der fremden Sache ist von dem Anverlangen des Berechtigten unabhängig. Der sicherste Beweis hierfür ist, dass der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns mit dem Tage zu verjähren beginnt, an welchem es gezahlt werden sollte; ebenso der Anspruch auf Herausgabe des Eigenthums mit dem Tage, an welchem die Sache in fremden Besitz kam. Die Verjährung beginnt, auch ehe der Darleiher oder Eigenthümer das Geld oder die Sache zurückgefordert haben; es ist nicht einmal nöthig, dass diese die thatsächlichen Verhältnisse und das Dasein ihres Anspruchs kennen. Letzterer ist mithin bereits vor der Zurückforderung vorhanden; man sagt ja, dass er im Forderndürfen bestehe. Wie im fünften Abschnitte gezeigt werden soll, ist aber der Anspruch das Mittel, eine Normwidrigkeit zu beseitigen; er setzt daher stets eine Normübertretung voraus. In der That möchte wohl auch Niemand sagen wollen, dass derjenige, der eine fremde Sache entwendet und verbraucht hat, zum Schadensersatze niemals verpflichtet gewesen sei, falls der Anspruch auf Ersatz früher verjährte, als der Bestohlene Kunde von seinem Verluste erhielt. Und doch wäre man zu dieser Consequenz gezwungen, wenn man die Verpflichtung des Diebes (und damit die Möglichkeit, durch Nichterfüllung derselben ein Unrecht zu begehen), erst mit dem Verlangen des Verletzten entstehen lässt.

Mit aller Schärfe hat bereits Binding die Consequenzen entwickelt, zu denen die gegnerische Auffassung führt. Dem Schlafenden, dem Abwesenden gegenüber könnte niemals civiles Unrecht begangen werden. Ebenso wäre der Wahnsinnige und das Kind privatrechtlich vollkommen schutzlos. Denn die Normen würden nur eine Befolgung

ihres Willens verlangen und die Fähigkeit zu wollen wird den gedachten Personen abgesprochen. Einigermassen würde zwar damit geholfen werden können, dass dem Willen der Berechtigten der Wille ihrer Vertreter substituirt wird. Aber abgesehen davon, dass dann jedenfalls bis zur Bestellung eines Vormunds der Willenlose nicht im Schutze der privatrechtlichen Normen stände: auch nach Ernennung eines Vertreters würde doch der Mündel dem eigenen Vormunde preisgegeben sein. Nähme dieser selbst seines Pfleglings Eigenthum an sich, sähe er ohne Widerspruch der Wegnahme von Mündelgut Seitens eines Dritten zu: die das Eigenthum schützende Norm wäre nicht übertreten. Denn Niemand hätte durch sein berechtigtes Verlangen die sonst indifferente Handlung zu einer normwidrigen gemacht. Und sollte es auch möglich sein, in dem einen wie in dem andern Falle den Vormund um desswillen zur Rechenschaft zu ziehen, weil er den Pflichten seines Amtes nicht nachkam: der Dritte hätte in Ermangelung eines Verlangens des Berechtigten oder dessen Vertreters keinesfalls Unrecht gethan. Wenigstens nicht civiles Unrecht. Ob es gelingen würde, ein criminelles Unrecht in der Handlung zu finden, die privatrechtlich keine Normwidrigkeit enthält, mag hier dahin gestellt bleiben.

Freilich scheint Lenel nicht soweit gehen zu wollen. Er hält kein ausdrückliches Verlangen für nöthig; ein »stillschweigendes« soll dieselben Dienste thun[20]). Was als stillschweigendes Verlangen gelten soll, ist leider nicht näher bemerkt. Möglich ist aber, dass auch dem Schlafenden und Abwesenden, möglich auch, dass selbst dem Willenlosen hierdurch geholfen werden soll. Ist dies der Fall, so wird das Verlangen des Berechtigten als Requisit der

---

[20]) »Dies Gebot geht dahin, dass der Verpflichtete auf (ausdrückliches oder stillschweigendes) Verlangen des Berechtigten eine gewisse Handlung vornehme oder unterlasse« S. 5.

privatrechtlichen Norm thatsächlich aufgegeben [21]). Das Verlangen wird dann fingirt: ob gestellt oder nicht gestellt, die Norm trifft den Verpflichteten doch. Dann aber würde Lenel nicht mehr zu den Anhängern der hier bekämpften Lehre zu rechnen sein [22]).

5. Es scheitern sonach alle Versuche, eine Abgrenzung zu erlangen, wenn man diese nach der Entstehung der Normen bewirken will oder nach den Personen, an welche sie sich richten oder nach den Interessen, welche sie zu schützen bestimmt sind, oder endlich nach dem Inhalte, je nachdem die Normen absolut lauten oder dem Willen eines Einzelnen nachzukommen gebieten. So erübrigt nur, das

---

[21]) Es würde dann das Specialinteresse Jemandes, auf Grund dessen er, wenn er wollen könnte, verständigerweise das Verlangen stellen würde, als »stillschweigendes Verlangen« bereits angesehen. In solcher Lehre läge nur eine Variation der oben unter 3 besprochenen Ansicht. Als Basis für eine Scheidung des öffentlichen und des Privatrechts würde sie ebenfalls nicht genügen. Gewiss hegt Jedermann stillschweigend ebenso das Verlangen, nicht todtgeschlagen oder nicht bestohlen zu werden, als den Wunsch, das etwa Gestohlene zurückzubekommen. Und doch wird nur die Verpflichtung des Diebes, das Gestohlene zurückzustellen, als eine privatrechtliche bezeichnet werden dürfen.

[22]) Auch Wach gehört nicht zu ihnen, obschon er (Gerichtssaal XXV (1873) S. 450 fg.) Haelschner gegen Binding in Schutz nimmt. Er lehrt: »begrifflich muss das civile Unrecht d. h. die Verletzung des Vermögensrechts(?), soweit sie civile Folgen äussert, als Verletzung der individuellen rechtlich abgegrenzten Willensherrschaft, nicht nothwendig des wirklich oppositionellen Willens ---- aufgefasst werden ------ also kann eine Reaktion gegen das Unrecht nur aus dem Willen des Verletzten entspringen.« Mit letzterem Satze, freilich unter Verwahrung gegen die Schlussfolgerung, kann ich mich einverstanden erklären. Auch ich sehe das Charakteristische des Privatrechts darin, dass hier die Reaktion gegen das Unrecht d. h. die Erzwingung der privatrechtlichen Norm dem Geschützten überlassen wird. Dass Wach als »Willensherrschaft« bezeichnet, was ich Möglichkeit eines Genusses nennen würde, erklärt sich daraus, dass Wach die allgemeine Anschauung theilt, wonach der Genuss der rechtlich geschützten Güter zum Rechte gehört. Vgl. hiergegen den Abschnitt VI.

unterscheidende Moment in den Rechtsfolgen zu suchen, welche die Uebertretung der Norm nach sich zieht.

Geht man hiervon aus, so erhellt zunächst, dass diejenigen Imperative, deren Uebertretung eine Rechtsfolge überhaupt nicht nach sich zieht, von vornherein aus der einzutheilenden Masse ausscheiden. Sie enthalten den Willen der Gemeinschaft und sind insofern, wie alle Normen, öffentlich-rechtlicher Art. Allein das, was wir eine subjective Berechtigung nennen, begründen sie nicht, weder eine solche der Gesammtheit noch die eines Einzelnen. Hierher gehören zunächst die wahren leges imperfectae, die Imperative, deren Uebertretung zwar möglich ist, aber ohne jede Rechtsfolge bleibt. Hierher gehören aber auch weiter die leges perfectae: alle Rechtssätze, welche die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts für diesen oder jenen Fall statuiren. Denn soweit sie — was ihr nächster Zweck und Inhalt ist — unter gewissen Voraussetzungen eine sonst gewährte Befugniss entziehen, enthalten sie überhaupt keinen Imperativ und bilden sie daher keinen selbstständigen Rechtssatz [23]). Zu wirklichen Imperativen werden sie erst, insofern neben der Entziehung der rechtlichen Macht zum Rechtsgeschäft auch die physische Handlung, welche ohne jene erste Bestimmung Rechtsgeschäft sein würde, nunmehr aber nur den Versuch eines Rechtsgeschäfts darstellt, mit einem Verbote belegt wird. Dies Verbot aber ist für sich betrachtet eine lex imperfecta; ihre Uebertretung bleibt ohne Rechtsfolge. Der Satz, dass das Dotalgrundstück vom Ehemann nicht veräussert werden kann, gewährt überhaupt Niemand ein Recht; er entzieht nur dem Ehemannn die sonst dem Eigenthümer zustehende rechtliche Macht der Veräusserung. Wenn der Satz — was ich dahin gestellt

[23]) Ihre Bedeutung soll im Abschnitt VII § 9 entwickelt werden.

lasse — ausserdem dahin ginge, der Ehemann solle auch nicht factisch veräussern, so wäre dies eine lex imperfecta, da keine Rechtsfolge an die Uebertretung geknüpft ist[24]). Mithin würde auch dieser Satz nur eine reine Norm enthalten, welcher weder ein öffentliches noch ein privates Recht entflösse.

Aber auch diejenigen Normen unterfallen der Eintheilung in Privatrechte und öffentliche Rechte begründende nicht, an deren Uebertretung zwar rechtliche Folgen geknüpft sind, allein in solcher Art, dass sich die Rechtsfolge auch unmittelbar mit der Uebertretung realisirt. Hierher gehören vornehmlich die früher schon besprochenen Fälle der Verwirkung[25]). Das decretum divi Marci verbietet dem Gläubiger eigenmächtige Befriedigung und entzieht ihm, falls er dies Verbot übertritt, zur Strafe sein Forderungsrecht. Diese Bestimmung wirkt auf privatrechtlichem Gebiete, sie statuirt eine Privatstrafe, ohne aber um desswillen ein Privatrecht zu gewähren. Der Schuldner gewinnt kein Privatrecht auf die Privatstrafe. Das obligatorische Soll, das vordem ihn traf, wird unter der gedachten Voraussetzung von ihm genommen; zur Strafe des Gläubigers erlischt die Verpflichtung des Schuldners, ein Recht wird letzterem überhaupt nicht zu Theil. Nicht anders, wenn der c. 7 C. unde vi 8, 4 entgegengehandelt wird. Der eigenmächtige Eigenthümer verliert sein Recht an der Sache, der Verletzte gewinnt es. Sonach erhält hier allerdings der Geschützte ein Privatrecht, aber nicht ein solches

---

[24]) Namentlich ist nicht der Vindicationsanspruch des Ehemannes als Rechtsfolge dieser Uebertretung anzusehen. Derselbe folgt vielmehr aus der Uebertretung des Verbots, eine fremde Sache in Besitz zu haben, und würde sonach dem Ehemanne auch dann zustehen, wenn diesem (neben Entziehung der rechtlichen Macht zu veräussern) nicht noch besonders die thatsächliche Weggabe verboten worden wäre.

[25]) Abschnitt I § 7.

auf die Strafe, sondern zur Strafe des Andern das Privatrecht des Eigenthums[26]). Auch derartige Bestimmungen darf man unserer Eintheilung nicht unterstellen. Denn auch sie sind lediglich objectives Recht, und enthalten den Willen der Rechtsgemeinschaft, der sich ohne Weiteres selbst realisirt.

Es bleiben mithin nur diejenigen Normen zu näherer Prüfung zurück, an deren Uebertretung eine Rechtsfolge geknüpft ist, welche nicht von selbst sich vollzieht, zu deren Verwirklichung vielmehr erst ein Einschreiten Seitens irgend Jemandes erforderlich ist. Ich will die Befugniss zum Einschreiten vorerst und vorbehältlich genauerer Bestimmung des Begriffs als Anspruch bezeichnen.

6. Man könnte nun daran denken, die Eintheilung in öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ansprüche nach den Zwecken zu bewirken, welche die Rechtsordnung bei Gewährung der Ansprüche verfolgt, und hiernach den Strafanspruch stets dem öffentlichen, den Anspruch auf Ausgleichung stets dem Privatrechte zuzählen. Gegen das Erstere liesse sich nichts einwenden, falls man die oben gegebene Auffassung des sogenannten Anspruchs auf Privatstrafe theilt. Um so mehr freilich gegen den zweiten Theil der These. Nach beiden Seiten aber würde die gedachte Eintheilung zu irrigen Resultaten führen, wenn man an der herkömmlichen Auffassung der actiones poenales festhält.

---

[26]) Ja, nach dem früher Bemerkten (Abschnitt I bei Anm. 77) kann man selbst die persönlichen Ansprüche auf Privatstrafe als Ansprüche auffassen, welche zwar dem Verletzten zur Strafe des Thäters gegen diesen gewährt sind, aber, wie andere obligatorische Ansprüche auch, auf eine Leistung bestimmter Art, zumeist auf eine Geldleistung, gehen. Dann würde auch hier die Strafe in der privatrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung bestehen — und diese Strafe würde ebenfalls sofort mit der strafbaren That realisirt sein.

Es wird zwar hin und wieder und vornehmlich von Binding behauptet[27]), dass die Strafe stets dem Staate gebüsst werde. Soll damit mehr gesagt sein, als dass die Norm, welche die Strafleistungspflicht begründet, von der Rechtsgemeinschaft ausgeht — wie freilich eine jede Norm —: so ist der Satz unhaltbar. Die actio poenalis der Römer, in der Binding doch eine reine Strafklage erblickt[28]), kann uns das Gegentheil lehren. Sie geht der Ersatzklage aus dem Delicte vollkommen parallel. Strafanspruch und Ersatzanspruch werden durch die Rechtsordnung dem Verletzten zugesprochen, die Erhebung beider bleibt ihm überlassen, beide werden im Wege des Civilprocesses geltend gemacht, auf beide Ansprüche kann der Berechtigte verzichten oder sich betreffs derselben vergleichen, Strafe wie Ersatz endlich sind dem Verletzten zu zahlen und werden von ihm oder später für ihn executionsweise beigetrieben. Wenn man trotz alledem den Satz aufstellt, die Strafe werde doch auch hier dem Staate geleistet, der sie nur dem Verletzten überlasse, der Ersatz dagegen werde dem Verletzten kraft dessen eigenen Rechtes gewährt, so weiss ich nicht, worauf sich diese Behauptung gründen will[29]). Freilich haben wir heut zu Tage nur noch wenige, aber doch

---

[27]) Normen I S. 169. »Die Strafe als solche wird nicht zu Gunsten eines Privaten geleistet, überhaupt nicht zu Gunsten eines Rechtssubjektes; sie wird immer der Rechtsquelle, insbesondere dem Staate geleistet, auch in den Fällen der Privatstrafe.« Vgl. S. 219. Auch Neuner a. a. O. S. 202. 205 kommt zu demselben Ergebnisse, allein nur »nach dem Geiste der heutigen Zeit«.

[28]) Ebenda S. 212 Anm. 352.

[29]) Aus Binding's Argumentation folgt nur, dass für den Schadensersatz das Subject, dem geleistet werden muss, allerdings durch den Schaden bestimmt ist, während es für die Strafleistung an einer solchen Bestimmtheit des berechtigten Subjectes mangelt. Nicht aber folgt hieraus, dass der Staat stets der Strafanspruchsberechtigte ist: er kann zum Zwecke der Bestrafung den Schuldigen privatrechtlich einem Andern zu einer Leistung verpflichten.

immer noch einige Ansprüche, welche ebenso entschieden zwecks Bestrafung des Schuldners gegeben wie privatrechtlicher Art sind [30]). Ungemein häufig dagegen sind Ansprüche des öffentlichen Rechts, welche nur nachträgliche Erfüllung der übertretenen Norm bezwecken. Beispielen hiervon sind wir bereits früher begegnet [31]).

7. Ein anderer Weg wäre, das unterscheidende Merkmal in die Art und Weise zu setzen, wie sich der Wille der Rechtsgemeinschaft zu der Geltendmachung des Anspruchs verhält: ob letztere rein der Willkür des Berechtigten überlassen wird oder ob die Erhebung des Anspruchs zugleich des Berechtigten Pflicht ist.

Reine Privatrechte, meint BRINZ, »nennen wir diejenigen Rechte, welche nichts als Rechte sind«. »Wo immer dagegen in einem Rechte zugleich eine Pflicht ist, wie z. B. in der väterlichen und in der vormundschaftlichen Gewalt, hört der Egoismus des Rechtes und damit das Privatrecht auf.« [32]) Die öffentlichen Rechte »stehen zwar alle den Einzelnen, zum Theil einem Einzigen oder Wenigen aus der Verbindung, allein Keinem als Vorrecht, Sonderrecht oder um seiner selbst willen zu; denn das ginge wider das gleichheitliche Wesen der Verbindung, so wie gegen den Begriff eines wahrhaft öffentlichen Rechts; vielmehr hat man sie für Alle, im Dienste des Allen gemeinsamen Interesses« [33]).

Wohl lässt sich unterscheiden, ob eine Handlung rechtlich in Betracht kommt lediglich als freie Ausübung eines Rechts oder gleichzeitig auch als Erfüllung einer rechtlichen

[30]) Abschnitt I Anm. 78.

[31]) Abschnitt I Anm. 103—108.

[32]) Pandekten, 1. Aufl. I § 22 S. 48. Vgl. hierzu auch HOELDER, das Wesen des Staats, in der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft XXVI (1870) S. 670 fg., in dessen Darstellung sich jedoch Wahres und Irriges in eigenthümlicher Weise vermischt.

[33]) Pandekten 2. Aufl. I § 68 S. 219. 220; vgl. auch § 24 S. 108.

Pflicht — ob sie, mit HAELSCHNER zu reden[34]), »ein nur Berechtigtes oder zugleich ein rechtlich Pflichtmässiges ist, wofern nämlich dem Berechtigten die Ausübung seines Rechtes als rechtliche Pflicht obliegt«. Und weiter kann zugegeben werden, dass jede Rechtsübung Seitens eines staatlichen Organes zugleich eine Pflichterfüllung enthält. Stets treffen Recht und Pflicht hier zusammen. Es lässt sich dies verfolgen von den untersten Organen des Staates an bis hinauf zu den höchstgestellten. Der Henker darf einem Andern das Leben nur nehmen, falls diesen hinzurichten zugleich seine Pflicht ist — ebenso sind Verhaftungen nicht dem Belieben des Polizeidieners überlassen. Richterliche wie administrative Beamte sind zu ihren Functionen zugleich befugt und verpflichtet und das Nämliche gilt von den Gliedern der Legislative[35]). Ja, selbst die Rechte des Monarchen als des höchsten Organes des staatlichen Lebens sind zugleich dessen Pflichten — mindestens in nicht absoluten Monarchieen[36]). Mag nun, wie in dem erstgedachten Falle, das rechtliche Gebot auch nach seinem Wie und Wann und Wo auf das Genaueste bestimmt sein; oder ist, wie in dem zweiten Beispiele, eine solche Umgrenzung unmöglich und die Verpflichtung des Beamten nur darauf gestellt, dass er nach seinem besten und ge-

---

[34]) Gerichtssaal XXI (1869) S. 83. 84.

[35]) Die Verpflichtung der Mitglieder gesetzgebender Versammlungen beruht freilich zumeist auf einer lex imperfecta: eine Verpflichtung ohne Rechtsfolgen im Falle ihrer Uebertretung, ähnlich den Verpflichtungen des Monarchen.

[36]) Auch im Deutschen Reiche zeigt sich die Erscheinung, dass die Berechtigungen des Deutschen Kaisers oft ausdrücklich zu Rechtspflichten erhoben werden. Vgl. z. B. Art. 12. 14. 25. 26 der Reichsverfassung: »Dem Kaiser steht es zu, den Bundesrath und den Reichstag zu berufen - -« »Die Berufung des Bundesrathes muss erfolgen, sobald - -« »Im Falle der Auflösung des Reichstages müssen innerhalb — 60 Tagen - - die Wähler und innerhalb - - 90 Tagen - - der Reichstag versammelt werden.«

wissenhaften Ermessen handle[37]): ein Gebot ist gleicherweise in beiden Fällen vorhanden. Aber es beruht auf einer Verwechslung, in dieser Combination von Pflicht und Recht das Eigenthümliche der öffentlichen Rechte zu finden. Nicht weil es öffentliche Rechte sind, welche die gedachten Organe ausüben, ist mit diesen Rechten eine Verpflichtung verbunden. Der Grund zu letzterer liegt darin, dass die Genannten nicht ihre Rechte, sondern fremde Rechte ausüben, nämlich solche, die wir der Gesammtheit zuschreiben. Die Stellung der Genannten als Vertreter des Staates bringt ihre Verpflichtung mit sich. Es zeigt sich dies deutlich in folgenden Erscheinungen. Wer nach dem Rechte des einzelnen Staates zur gerichtlichen Vertretung des Fiscus kraft Amtes ein für allemal berufen ist oder auch nur hierzu im einzelnen Falle bestellt wird, hat hierbei pflichtmässig zu handeln. Je nach seinem Verhältnisse zum Staate trifft ihn die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtung, die Privatansprüche des Staates zu erheben. Ebenso ist der Vormund befugt und verpflichtet, im Interesse des Mündels von den Privatbefugnissen und Privatansprüchen des letzteren nach besten Kräften Gebrauch zu machen. Seine Verpflichtung ist zugleich öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Art[38]);

---

[37]) D. h. so, wie es die Rechtsgemeinschaft von ihm wünscht und erwartet, so dass er auch oftmals Interessen Einzelner zu berücksichtigen haben wird: z. B. bei der Entbindung vom Schöffendienst nach § 54 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Interessen des Schöffen, bei der Prüfung der Tauglichkeit des Vormunds die Interessen des Mündels, bei der Zurückstellung Militärpflichtiger nach § 19. 20 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 die Interessen des Pflichtigen oder seiner Angehörigen etc.

[38]) Die öffentlich-rechtliche Seite der Verpflichtung zeigt sich darin, dass bei Vernachlässigung derselben von Amtswegen die Absetzung des Vormunds erfolgen kann.

um desswillen kann man sie allerdings zum Theil auch dem öffentlichen Rechte zuweisen. Endlich aber giebt es auch Fälle rein privatrechtlicher Verpflichtung zur Geltendmachung reiner Privatrechte. Von anderen Constellationen zu schweigen[39]), haben wir hierfür im Generalmandate ein bekanntes und häufiges Beispiel. Was für Befugnisse auch dem Mandatare die Vollmacht seines Auftraggebers verleiht, der Mandatar darf sie nicht willkürlich gebrauchen[40]). Er ist privatrechtlich seinem Mandanten verhaftet, nach seiner besten Einsicht im Interesse des letzteren seine rechtliche Macht zu benutzen. Auch hier besteht für den Mandatar nach aussen keine Berechtigung, mit der sich nicht zugleich eine Verpflichtung dem Mandanten gegenüber verbände.

Finden wir einerseits auch auf privatrechtlichem Gebiete Recht und Pflicht zuweilen gepaart, so kennen wir andererseits zahlreiche öffentliche Rechte, zu deren Ausübung keinerlei rechtliche Verpflichtung besteht. Nur müssen wir hierbei von solchen Rechten absehen, die einem Organe der Rechtsgemeinschaft als Vertreter der letzteren verliehen sind. Die Machtfülle des Vertreters wird ihm eben stets um seiner Pflichten willen gewährt[41]). Es kommen hier nur solche öffentliche Rechte in Betracht, welche dem zu ihrer Geltendmachung Berufenen in dessen

---

[39]) Vgl. z. B. l. 75 § 4 de leg. I.

[40]) Er darf nicht — ob er es kann, ist eine andere Frage. Rechtliches Dürfen und rechtliches Können sind getrennte Begriffe. Auch des Beamten rechtliche Macht reicht mitunter weiter wie sein rechtliches Dürfen.

[41]) Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass dem staatlichen Organe zwar nur weil und so lange es dies ist, inhaltlich aber um seiner selbst willen ein öffentliches Recht zugesprochen wird. Auch diesen Rechten würde nicht nothwendigerweise eine Verpflichtung zu ihrer Geltendmachung correspondiren. So verhält es sich thatsächlich mit der nach § 197 des Reichsstrafgesetzbuchs dem Reichstage eingeräumten Befugniss der Ermächtigung zur strafrechtlichen Verfolgung einer Beleidigung.

eigenem Namen zustehen. Als Recht wird man nun noch nicht die Möglichkeit bezeichnen dürfen, eine wenn auch begründete Klage zu erheben oder bei einer öffentlichen Behörde Anträge zu stellen: z. B. auf Ertheilung eines Patentes oder auf Genehmigung einer gewerblichen Anlage, auf Eintragung eines Waarenzeichens, auf Zurückstellung und Befreiung vom Militärdienst, auf Bekanntmachung des ehelichen Aufgebots, oder endlich auf Verfolgung eines Antragsdelictes [42]). Die öffentlich - rechtliche Verpflichtung des Richters, auf die Klage auszufertigen, oder des Patentamtes, der Verwaltungsbehörde, des Handelsgerichts, der Ersatzcommission, des Standesbeamten und des Staatsanwalts, begründeten Anträgen zu fügen, ist eben um dieses Inhaltes willen von einem zuvorigen Antrage abhängig. Erst mit dem Antrage entsteht die Verpflichtung, erst mit der Verpflichtung das Recht des Antragstellers auf deren Erfüllung. Nach Stellung eines begründeten Antrags aber ist allerdings ein Recht des Petenten anzuerkennen, welches, wenn der Verpflichtung nicht entsprochen wird, im Wege der Beschwerde geltend zu machen ist [43]). Wohl kaum wird man schwanken, die gemeinrechtliche querela denegatae vel protractae iustitiae, die Beschwerde gegen das Patentamt [44]), den Recurs gegen die Verwaltungsbehörde [45]) oder das Handelsgericht, die Revision gegen die Beschlüsse der Ersatz-Commission und die Berufung gegen die Entscheidungen der Ober-Ersatz-

---

[42]) In sämmtlichen gedachten Fällen würde meines Erachtens nur von einer öffentlich-rechtlichen Befugniss gesprochen werden dürfen — erst die Ausübung der Befugniss erzeugt das öffentliche Recht.

[43]) Vgl. z. B. § 3 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877: »Auf die Ertheilung des Patentes hat derjenige Anspruch, welcher die Erfindung zuerst -- angemeldet hat.«

[44]) § 15. 16 des Patentgesetzes.

[45]) § 20 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869.

Commission[46]), die Beschwerde gegen den Standesbeamten[47]) oder den staatsanwaltlichen Bescheid[48]) zu den Rechtsmitteln des öffentlichen Rechts zu zählen[49]). Die Mittel zur Erzwingung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung gehören selbst dem öffentlichen Rechte an. Ist dem so, dann haben wir genügende Beispiele für öffentlich-rechtliche Ansprüche, denen keine rechtliche Verpflichtung zu ihrer Geltendmachung entspricht. Oder haben etwa die Personen, welche »die Berufung zum Amte eines Schöffen ablehnen dürfen« [50]) damit ein Privatrecht gewonnen? Und wenn man in dieser Bestimmung nur die Constituirung eines öffentlichen Rechtes [51]) erblickt, besteht dann irgend eine Verpflichtung zur Ausübung desselben? Mir will es ganz unleugbar vorkommen, dass nicht bloss einzelne, sondern zahlreiche öffentliche Rechte bestehen, welche reine

---

[46]) § 30 Z. 7. 8 vgl. mit § 19 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874.

[47]) § 11 des Gesetzes über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875.

[48]) § 170 der Reichsstrafprocessordnung. Die Rechtsmittel, welche dem Beschuldigten gegen gerichtliche Entscheidungen im Strafprocesse zustehen, habe ich absichtlich nicht mit aufgezählt, da gegen die Bezeichnung derselben als Rechte des Beschuldigten von einer andern Seite her Bedenken auftauchen könnten.

[49]) Vgl. auch § 19 der Gewerbeordnung: »Einwendungen, welche auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen, sind zur richterlichen Entscheidung zu verweisen ------ Andere Einwendungen dagegen sind ---- zu erörtern. Nach Abschluss dieser Erörterung erfolgt die Prüfung und Entscheidung ---- § 20. Gegen den Bescheid ist Rekurs an die nächstvorgesetzte Behörde zulässig —«.

[50]) § 35 vgl. mit § 53 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

[51]) Genauer: einer öffentlich-rechtlichen Befugniss zur Ablehnung, nach deren Geltendmachung die Pflicht des Richters zur Berücksichtigung des Ablehnungsgrundes entsteht, ohne dass jedoch, falls der Richter seine Verpflichtung verletzt, dem Berufenen hiergegen ein Rechtsmittel (Anspruch) gewährt wird.

Rechte ihres Inhabers sind d. h. nicht mit einer Verpflichtung desselben zusammentreffen [52]).

8. Versuchen wir nunmehr eine Fixirung des Begriffes »Privatrecht«. Es ist hier von Wichtigkeit, nicht die Fühlung mit den eben besprochenen, wenn auch als unhaltbar verworfenen Anschauungen zu verlieren. Denn eine jede derselben birgt doch einen Keim des Richtigen in sich.

Den Ausgang nehmen wir von denjenigen Normen, welche sich an die einzelnen Unterworfenen wenden, ohne Rücksicht darauf, ob diese zugleich staatliche Organe sind oder nicht [53]). Sind auch diese Normen stets Ausfluss des allgemeinen Willens — § 1 — und ebenso nur im allgemeinen Interesse zu geben — § 3 —; so ist doch keineswegs ausgeschlossen, dass sie unmittelbar Specialinteressen Einzelner zu schützen bestimmt sind. Nur Normen dieser letzteren Art werden ein Privatrecht begründen — wenn auch Bruns darin zu weit geht, dass er hierin allein schon das Entscheidende erblickt. Aber auch diese Normen lauten regelmässig unbedingt. Dem Normunterworfenen wird zu Gunsten eines anderen Privaten ein gewisses Verhalten geboten oder verboten, unabhängig von dem Verlangen des also in seinen Interessen Geschützten (§ 4). Ist an die Uebertretung der Norm keine Rechtsfolge angeknüpft, so ist eine weitere Charakterisirung derselben unmöglich (§ 5). Dies ist aber selten der Fall. Zumeist lässt die Uebertretung der einen Norm neue Rechtssätze lebendig werden. Entweder in der Art, dass sich zu der ursprünglichen, nunmehr vielleicht wesenlosen Verpflichtung eine weitere Verbindlichkeit des Uebertreters hinzu

[52]) Hiernach muss ich wenigstens widersprechen, wenn Bierling, jurist. Grundbegriffe I S. 156 behauptet: »Der Satz, dass öffentliche Rechte zugleich Pflichten sind, ist wohl als ein Gemeingut der heutigen Rechtswissenschaft zu betrachten.«

[53]) Ich werde dieselben kurzweg als »Einzelne« oder »Private« bezeichnen.

gesellt[54]). Die Contravention gegen den ersten Imperativ ist dann die Vorbedingung für den Eintritt einer secundären Norm, welche dem Uebertreter eine anderweite Verpflichtung auferlegt. Diese Veränderung geht von Rechtswegen vor sich; ein Privatrecht auf dieselbe existirt nicht, auch wenn die neue Verpflichtung wiederum zu Gunsten des Erstgeschützten oder zu Gunsten einer anderen Privatperson[55]) auferlegt wird. Für unsere Betrachtung hat daher in einem solchen Falle nur noch der durch die secundäre Norm geschaffene Rechtszustand ein Interesse. Oder die Uebertretung ruft Rechtsfolgen hervor, welche aber auch sofort mit der Uebertretung realisirt sind. Der Zweck der Bestimmung[56]) ist hier sogleich auch erreicht. Ein Privatrecht auf Verwirklichung der Rechtsfolge ist auch hier nicht vorhanden, mag auch diese selbst in der Verleihung eines Privatrechts bestehen (§ 5). Oder endlich die Uebertretung einer ursprünglichen oder secundären Norm ruft Rechtssätze in das Leben, welche, sei es zum Zwecke der Bestrafung des schuldigen Thäters, sei es zwecks Beseitigung der fortwirkenden Normwidrigkeit, eine Reaction gegen das Unrecht ermöglichen wollen. In solchen Fällen bedarf es zur Er-

---

[54]) So tritt zu der Verpflichtung negativen Inhalts aus der Norm »Du sollst fremdes Eigenthum nicht beschädigen« im Falle nicht schuldloser Uebertretung die Verpflichtung positiven Inhalts hinzu: »Du sollst dem Eigner Entschädigung leisten.« Gleichgültig ist hierbei, zu welchem Zwecke die Rechtsordnung die secundäre Verpflichtung auferlegt, ob zu thunlichster Schadloshaltung des Verletzten oder zwecks Bestrafung des schuldvollen Thäters. Die Uebertretung der Norm: »Du sollst kein furtum begehen« zog die Verpflichtung nach sich: »Du sollst dem Verletzten sein Interesse zwiefach oder vierfach vergüten.« Gegeben wurde diese secundäre Norm zwecks Bestrafung des Diebes, die Bestrafung geschah aber dadurch, dass er dem Verletzten gegenüber privatrechtlich verpflichtet ward.

[55]) Z. B. zu Gunsten der Alimentationsberechtigten bei Tödtung des Alimentationspflichtigen; § 3 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871.

[56]) Einerlei wiederum, ob der Zweck Bestrafung des Uebertreters oder Schutz des Verletzten ist; vgl. Abschnitt I S. 30. 39.

reichung jener Zwecke noch einer weiteren menschlichen Thätigkeit. Und dies ist der Punkt, wo sich Privatrecht und öffentliches Recht scheiden. Zum Privatrecht wird der den Interessen eines Einzelnen wider Einzelne gewährte Normenschutz dadurch, dass dem Geschützten im Falle der Normübertretung ein Mittel zur Beseitigung der Normwidrigkeit von der Rechtsordnung gegeben und zu beliebigem Gebrauche überlassen wird. Der Privatanspruch ist das Kennzeichen des Privatrechts[57]).

Der Staat hat in den besprochenen Fällen nur ein mittelbares Interesse an der Erfüllung seiner Imperative. Unmittelbar kommen letzere den Specialinteressen des Einzelnen zu Gute. Zudem vermag der Geschützte durch seine Zustimmung zu dem sonst normwidrigen Verhalten dessen Charakter als Normwidrigkeit aufzuheben, sodass es Anderen oft schwer wird, Erlaubtheit oder Unerlaubtheit eines gewissen Verhaltens mit Sicherheit zu bestimmen. So bleibt es zweckmässigerweise der eigenen Energie des Interessenten überlassen, den ihm gegen das normwidrige Verhalten weiter zugedachten Schutz durch sein Vorgehen in Wirklichkeit umzusetzen. Das Verlangen des Geschützten, gegen dessen Verwerthung zur Begriffsbestimmung der privatrechtlichen Norm ich mich oben erklären musste, wird an dieser Stelle doch von Bedeutung. Nur darf nicht mit HAELSCHNER und LENEL schon die privatrechtliche Norm auf Befolgung des Verlangens des Berechtigten gestellt werden. Erst nach Uebertetung der Norm wird das Verlangen des

---

[57]) Es ist dies derselbe Gedanke, den IHERING (oben Anm. 9) damit ausdrückt, dass er das Privatrecht »als Selbstschutz des Interesses« definirt. Vgl. auch WACH (oben Anm. 22) und AHRENS in v. HOLTZENDORFFS Encyclopädie 3. Aufl. S. 48. 49: »(es) ist Privatrecht das Ganze der Rechtsnormen, nach welchen alle Glieder der Staats- und Gesellschaftsordnung ihre Sonderzwecke als ihr Sonderwohl, in Selbstbestimmung durch sich und für sich, erstreben können —«.

Berechtigten[58]) relevant, als das Mittel vornehmlich[59]), den Zwang der Rechtsgemeinschaft in Bewegung zu setzen.

9. Privatrecht begründende oder kurzweg privatrechtliche Normen nennen wir sonach diejenigen, deren Uebertretung für den in seinen Interessen Verletzten einen Privatanspruch hervorruft. Im Gegensatz zu ihnen gehören alle diejenigen Normen allein dem öffentlichen Rechte an, deren Verletzung einen öffentlich-rechtlichen Anspruch begründet. Und ein solcher liegt dann immer vor, wenn ein staatliches Organ das Recht und die Pflicht hat, von Amtswegen einzuschreiten. Dem öffentlichen Rechte sind sämmtliche Normen zuzuzählen, deren Uebertretung lediglich[60]) mit öffentlicher Strafe geahndet werden soll. Gleichgültig ist es hierbei, ob diese Imperative, wie das Verbot des Hochverraths und des Aufruhrs, Allen gemeinsame Güter, oder ob sie Specialgüter des Einzelnen, wie Leben und Freiheit, zu schützen bestimmt sind. Das Verbot: »Du sollst nicht tödten« ist ebenso unabhängig von dem Verlangen des hierdurch Geschützten, wie das Gebot an die staatlichen Organe, gegen den Verdächtigen einzuschreiten, den Schuldigbefundenen zu verurtheilen, den Verurtheilten hinzurichten, von dem Verlangen des Verletzten oder seiner Angehörigen und Erben. Von dem Erlasse jenes ersten Verbots an bis zu dem Augenblicke, wo die Todesstrafe vollstreckt wurde, waren sämmtliche rechtliche Imperative von dem Wollen eines Einzelnen unabhängig. Galt auch der Schutz einem Privatinteresse der höchsten Art, so ward er doch nicht in der Form eines Privatrechts gewährt.

58) Oder seines rechtlichen Vertreters.

59) Denn der Anspruch hat allerdings auch noch einen andern Inhalt, wie im Abschnitt V § 2 gezeigt werden soll.

60) Sofern die Uebertretung einer Norm, wie z. B. der den Diebstahl verbietenden, gleichzeitig einen öffentlich-rechtlichen Strafzwang und (mittelbar) einen Privatanspruch auf Entschädigung hervorruft, gehört sie sowohl dem öffentlichen wie dem privaten Rechte an.

Weiter verleihen diejenigen Normen lediglich ein öffentliches Recht, bei deren Uebertretung von Amtswegen Erfüllungszwang eintreten soll. Auch hier kann es kommen, dass die staatlichen Imperative Allen gemeinsame Güter und Interessen oder solche einer Mehrheit von Personen oder specielle Güter und Interessen Einzelner zu schützen und zu fördern bestimmt sind. Das Erstere ist beispielsweise der Fall bei den die Sicherung des Staats bezweckenden Imperativen: bei dem Gebote der Gestellung zum Militärdienst[61]) und dem Verbote baulicher Anlagen in der Umgebung von Festungen[62]) — das Zweite bei dem Verbote des Gewerbebetriebs ohne die erforderliche besondere Genehmigung[63]) — das Dritte endlich bei dem Gebote der Mitnahme hülfsbedürftiger Seeleute[64]) und dem Verbote der Freiheitsberaubung eines Menschen. Darin aber stehen sich sämmtliche gedachte Normen gleich, dass, wenn sie nicht freiwillig befolgt werden, ein staatlicher Zwang von Amtswegen gegen den Verpflichteten verhängt

---

[61]) § 33 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874: »Ist diese Versäumniss (der Gestellung) in böslicher Absicht oder wiederholt erfolgt, so können die Ersatzbehörden sie ------ als unsichere Heerespflichtige sofort in die Armee einreihen lassen.«

[62]) § 32 des Rayon-Gesetzes vom 21. December 1871: »Soweit nach dem Urtheile der Kommandantur die Anlagen unzulässig befunden werden, ist der Besitzer innerhalb der vom Kommandanten zu bestimmenden Frist zu deren Beseitigung verbunden; nöthigenfalls erfolgt letztere auf Antrag der Kommandantur durch die Polizeibehörde auf Kosten des Besitzers.« Vgl. § 43 ebenda.

[63]) § 15 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869: »Die Fortsetzung des Betriebes kann polizeilich verhindert werden, wenn ein Gewerbe, zu dessen Beginn eine besondere Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung begonnen wird.«

[64]) § 1 des Gesetzes vom 27. December 1872: »Jedes Deutsche Kauffahrteischiff ---- ist verpflichtet, Deutsche Seeleute, welche im Auslande sich in hülfsbedürftigen Zustande befinden, ---- mitzunehmen. — Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen kann der Schiffer vom Seemannsamt zwangsweise angehalten werden.«

werden soll. Sind mithin auch bei einzelnen derselben zweifellos Privatinteressen in Frage, so wird doch der diesen Interessen zugedachte Schutz sofort auch von Staatswegen vollstreckt. Für ein Privatrecht bleibt sonach kein Raum.

10. Eine gewisse Mittelstellung scheinen diejenigen Normen einzunehmen, deren Uebertretung zwar eine öffentliche Strafe nach sich zieht, jedoch nur nach Ermächtigung oder auf Antrag des Verletzten. Und doch kann in keinem dieser Fälle von einem Privatrechte des Verletzten auf Bestrafung gesprochen werden.

Hin und wieder schliesst schon der Grund, wesshalb vor strafrechtlicher Verfolgung des Thäters der Antrag des Verletzten erwartet werden soll, jeden Gedanken daran aus, dass mit dem Antragsrechte ein Recht auf Bestrafung gegeben worden sei. Nämlich da, wo das Delict ohne vorgängigen Antrag um desswillen nicht verfolgt wird, weil ein Vorgehen gegen den Thäter auch die Interessen des Verletzten noch weiter empfindlich berühren würde. So namentlich bei Verführung und Entführung, sowie bei betrüglicher Verleitung zum Beischlaf oder zur Schliessung einer ungültigen Ehe [65]). Das Erforderniss eines Strafantrags soll hier dem Verletzten zunächst die Möglichkeit sichern, durch sein Schweigen jede Strafverfolgung und die auch für ihn damit verbundenen Nachtheile auszuschliessen. Will man hier von einem Rechte des Verletzten sprechen, so würde es nicht sowohl ein Recht auf Bestrafung, als vielmehr ein Recht auf das Unterbleiben einer strafrechtlichen Verfolgung genannt werden müssen.

Freilich, in anderen Fällen versagt diese Erklärung. Das Erforderniss eines Strafantrags bei Beleidigung oder leichter Körperverletzung oder Sachbeschädigung beruht offenbar auf einer anderen Erwägung. Vielleicht soll hier

---

[65]) § 182. 236. 237. 170. 179 des Reichsstrafgesetzbuchs.

der Antrag erst zu Tage treten lassen, dass die Verletzung eine intensivere, auch vom Verletzten als solche empfundene war. Mag übrigens in diesen wie in den erstgedachten Fällen der Grund, wesshalb ein Antrag erwartet werden soll, in der oder jener Rücksichtnahme liegen oder auch in mehreren zugleich: seinem Inhalte nach ist das Antragsrecht jedenfalls kein Privatrecht. Der Uebelthäter ist dem Verletzten überhaupt nicht verpflichtet[66]. Der Staat allein ist es, der ihn bestraft. Es zeigt sich dies darin, dass die staatlichen Organe bei Ausmessung der Strafe unabhängig sind von dem Verlangen des Verletzten[67]. Auch fällt die Last, ebenso aber auch der etwaige Vortheil der Strafvollstreckung allein dem Staate zu[68]. Was der Verletzte vermag, ist nur: einmal, durch sein Schweigen die Strafverfolgung auszuschliessen; ferner umgekehrt, durch Stellung des Strafantrags die Vorbedingung für das obrigkeitliche Einschreiten[69] zu erfüllen; endlich auch, diese Vorbedingung wieder zu entziehen, sofern ihm Zurücknahme des Antrags gesetzlich gestattet wird. Diese Befugnisse aber sind öffentlich-rechtlicher Art, auch wenn sie einer Privatperson zustehen. Denn von ihrer Ausübung oder Nichtausübung hängt es ab, ob die den staatlichen Organen bedingt ertheilten Imperative strafrechtlichen Einschreitens

---

[66]) Von dem Privatanspruch auf Entschädigung und Busse wird hier selbstverständlich abgesehen.

[67]) Während sich das staatliche Organ, welches einen Privatanspruch vollstreckt, weil es nur dem Verlangen des Berechtigten starke Hand leiht, innerhalb der Grenzen dieses Verlangens zu halten hat.

[68]) Es schliesst dies nicht aus, dass der Staat die beigetriebene Geldstrafe in irgend welche andere Casse fliessen lässt.

[69]) Auch da, wo die Verfolgung des Vergehens der Privatklage des Verletzten überlassen wird (§ 414 fg. der Strafprocessordnung), ist der Uebelthäter ihm zu nichts verpflichtet. Hier ist nur Erhebung und Fortstellung der Privatklage statt blosser Antragstellung die Vorbedingung für das richterliche Strafurtheil, welches sodann von Amtswegen vollstreckt wird.

wach gerufen werden oder nicht. Die Vorbedingungen aber für das Strafrecht und die Strafpflicht der staatlichen Organe gehören selbst dem öffentlichen Rechte an.

Das sogenannte Antragsrecht und das sogenannte Recht der Ermächtigung gewähren ihrem Inhaber zunächst kein Recht, sondern nur rechtliche Macht[70]: die Möglichkeit, durch die physische Handlung der Antragstellung und der Ermächtigung nach Belieben die Vorbedingung für jene Imperative zu erfüllen. Auch ist die Ermächtigung nichts weiter als dies. Anders dagegen der gestellte (begründete) Antrag. Er verleiht zugleich dem Antragsteller ein öffentliches Recht, dass die competente staatliche Behörde nunmehr strafrechtlich einschreite. Dies Recht offenbart sich in dem Rechtsmittel der Beschwerde, welches dem Antragsteller bei Verletzung jener Verpflichtung behufs Erzwingung der letzteren gewährt wird[71].

11. Das Privatrecht würde hiernach aus der Summe derjenigen von der Rechtsordnung den Einzelnen auferlegten Verpflichtungen bestehen, deren Erzwingung herbeizuführen, falls sie nicht freiwillig erfüllt werden, dem einzelnen Interessenten überlassen wird. Und umgekehrt würde ein öffentliches Recht durch jede Norm constituirt, deren Uebertretung zu beseitigen oder zu ahnden der Staat selbst sich vorbehalten hätte. Auch ist es eine blosse Frage der behördlichen Organisation, welches staatliche Organ mit der Beseitigung der Normwidrigkeit oder mit der strafrechtlichen Verfolgung betraut wird. Mögen nun, wie im gemeinen Inquisitionsprocesse, die Gerichte zum Einschreiten von Amtswegen verpflichtet sein, oder fällt die Anklageerhebung der Staatsanwaltschaft anheim — ist es, wie im englischen Rechte, das Haus der Gemeinen, welches vor dem Hause der Lords

---

[70]) Ueber diesen Unterschied soll im Abschnitt VII § 5 fg. des Näheren gesprochen werden.

[71]) § 170 der Strafprocessordnung.

den Minister zur Verantwortung zieht — oder hat endlich, wie im römischen Strafprocesse, ein jeder Bürger die Befugniss zur Accusation: in allen Fällen ist es doch nur der Staat, von dem die strafrechtliche Verfolgung ausgeht und der sich nur bald das Gericht allein, bald auch den Staatsanwalt oder die Landesvertretung oder einen seiner Bürger zur Vollstreckung seines Willens ausersieht. Denn auch der gewöhnliche Bürger wurde dadurch, dass er öffentliche Anklage erhob, zum staatlichen Organe.

Die Consequenz hiervon wäre, dass dem Staat überhaupt nur öffentliche und keine Privatrechte zustehen könnten. Und in der That wäre es denkbar, dass der Staat alle Verpflichtungen, an deren Erfüllung er speciell interessirt ist, mit seiner gesammten Macht einseitig erzwänge. Wie die Gestellung zum Militärdienst oder die Leistungen zu Kriegszwecken [72]), so könnte der Staat auch alles ihm contractlich Versprochene unmittelbar und zwangsweise eintreiben. Dann wäre allerdings von einem Privatrechte des Staats nicht mehr zu sprechen; zwischen den Verpflichtungen der Einzelnen dem Staate gegenüber bestände dann kein Unterschied. Allein zweckmässig wäre dies nicht. Der Staat hat das nämliche Bedürfniss nach Vermögensverkehr mit den Einzelnen, wie diese untereinander. Nur schwer würde sich aber Jemand entschliessen, freiwillig in ein obligatorisches Verhältniss zum Staate zu treten, wenn er sich bei entstehenden Irrungen der Anschauung des andern interessirten Theils ohne Weiteres unterworfen wüsste. Auch ist eine verschiedene Behandlung der dem Staate eigenthümlichen und der ihm wie Jedermann zugänglichen Rechte unschädlich. Jene stehen dem Staate zur Ermöglichung seiner eigensten Zwecke zu; sie sind daher auch von ihm

---

[72]) § 4. 6: 18 des Gesetzes über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873.

mit allem Nachdrucke zu verfolgen. Diese dienen nur indirect den Zwecken des Staats[73]). Die Verzögerung, ja schlimmsten Falles selbst das Ausbleiben ihrer Erfüllung sind dem Staate minder gefährlich. Der Staat wird daher wohl thun, diejenigen Rechte, welche Einzelnen zustehen können und deren Privatrechte sind, auch in seiner Hand als Privatrechte zu behandeln. Er wird mithin die im Falle der Nichterfüllung ihm erwachsenden Ansprüche principiell[74]) den Privatansprüchen gleichstellen und sie den nämlichen Rechtssätzen unterwerfen, welche für die Entstehung, die Geltendmachung und den Untergang dieser Privatansprüche gelten. Eine äussere Sanction erhält dies noch dadurch, dass der Staat im modernen Rechte diese seine Privatansprüche vor den bürgerlichen Gerichten geltend zu machen hat: und zwar als Partei vor einer Macht, welche in Folge der Unabsetzbarkeit ihrer einzelnen Glieder und der sonst geschaffenen Garantieen selbst dem höchsten Staatswillen gegenüber als unabhängig erscheint. Wie der Einzelne verfolgt der Staat seine Privatansprüche vor den Gerichten im gewöhnlichen Processgange, auf seine Gefahr, auf seine Kosten, aber auch allein im fiscalischen Interesse.

12. Nicht den Einzelnen allein legt der Staat durch seine Gesetze Verpflichtungen auf. Auch für sein eigenes Verhalten kann er rechtliche Normen aufstellen. Freilich führt eine derartige Beschränkung der eigenen Handlungs-

---

[73]) Zu den Zwecken des Staats gehört es z. B. nicht, dass das fällige Pachtgeld einer Domäne eingetrieben werde, auch nicht, dass er überhaupt Eigenthümer einer Domäne sei. Nur mittelbar wird der Abwurf der Domänen den Zwecken des Staats dienen. Je wichtiger freilich für den Staat die Quelle eines Einkommens ist, je weniger wird er geneigt sein, das Recht auf diese Einnahmen (z. B. auf Steuern und Zölle) privatrechtlichen Grundsätzen zu unterstellen — zumal die genannten Rechte auch ihrer Entstehung nach nicht auf einem privatrechtlichen Titel beruhen.

[74]) Abgesehen freilich von den vielfachen fiscalischen Privilegien.

freiheit zu einem wesentlich anders gearteten Verhältnisse. Die Verpflichtungen der Einzelnen werden durch den Staatswillen bestimmt und der Staat ist es auch, der ihre Erfüllung, sei es unmittelbar, sei es entsprechend dem Verlangen des Privatberechtigten, durchsetzt. Hier aber ist der Verpflichtende und der Verpflichtete ein und dieselbe Person. Ein Gesetz, welches der Staat sich selbst giebt, enthält zunächst nur die Verkündigung des Entschlusses, künftighin in der oder in jener Lage in gewisser Weise zu handeln. Erst die Vertheilung der verschiedenen staatlichen Functionen unter verschiedene Organe, insbesondere die Trennung der legislativen von der regierenden Gewalt, machen es möglich, dass dieser Willensentschluss, von bestimmten Organen des Staats gefasst und verkündet, für den andern, zur Ausführung berufenen Theil zugleich einen Imperativ enthält. Aber das Verhältniss dieser Imperative zu den Einzelnen ist durchaus verschiedener Art. Viele Gebote begründen lediglich eine Pflicht der ausführenden Organe der Gesammtheit gegenüber. So die Imperative an die mit der Strafjustiz betrauten Personen, gegen den Schuldigen einzuschreiten. Mit ihnen ist weder ein Recht des Uebelthäters auf Strafe noch ein solches des Verletzten auf Bestrafung verbunden. Im Strafgesetz hat der Staat nur verkündet, dass er entschlossen sei, den Uebertreter gewisser Normen in gewisser Weise zu strafen — und durch die Behördenorganisation sind zugleich bestimmte Personen bezeichnet, denen die Vollstreckung zukommt. Die etwaige Vernachlässigung dieser Verpflichtung abzustellen, zu rügen, zu ahnden ist wiederum nur Sache anderer staatlicher Organe. Und mögen letztere auch in dieser ihrer Aufgabe durch Denunciationen in Gestalt von Beschwerden Einzelner thatsächlich unterstützt werden, so liegt ihnen doch die Pflicht der Ueberwachung von Amtswegen ob. In solchen Fällen kommt mithin ledig-

lich eine öffentliche Verpflichtung der einzelnen mit staatlichen Functionen betrauten Personen dem Staate gegenüber in Frage.

In der Norm, die sich der Staat setzt, kann aber mehr liegen wie die Verkündigung eines Entschlusses. Sie kann zugleich im Interesse Einzelner diesen die Verheissung eines gewissen staatlichen Verhaltens geben. Lautet die Zusicherung so, dass der Einzelne auf die Erfüllung derselben zu bauen vermag, und ist sie zugleich in dieser Absicht gegeben, so verpflichtet sich der Staat mit dieser Norm gegen den, dem die Zusicherung gilt. Letzterer bekommt ein Recht gegenüber dem Staat. Freilich wird ein solches meist ein unvollkommenes Recht sein. Denn während bei dem Privatrecht des Einzelnen die über Beiden stehende Macht des Staates dem Rechte Nachdruck verleiht, steht hier der Einzelne mit seinem Rechte der gesammten Staatsgewalt gegenüber. Will diese bei Fortbestand jener Norm der übernommenen Verpflichtung nicht nachkommen, so ist dies Verhalten zwar normwidrig, ein Erfüllungszwang aber versagt. Es sorgt jedoch der Staat zumeist[75]) dafür, dass das Recht des Einzelnen nicht schon an der Säumniss oder Weigerung der zunächst zur Ausführung berufenen Organe scheitere. Er giebt dem Berechtigten gegen das normwidrige Verhalten dieser Behörden das Rechtsmittel der Beschwerde — und erst wenn die höchste dafür geordnete Stelle die staatliche Verpflichtung nicht anerkennt, sind dem Berechtigten weitere Wege verschlossen. In solchen Fällen liegt ein Recht des Einzelnen wider den Staat und im Falle der Verletzung ein Anspruch des Einzelnen vor: allein beide sind öffentlichrechtlicher Art. Beispiele hierfür hat bereits die frühere Darstellung erbracht[76]).

---

[75]) Allein nicht immer: vgl. z. B. § 53 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

[76]) Oben Anm. 43 fg.

Für die Erfüllung einzelner seiner Verpflichtungen aber kann und wird zumeist[77]) der Staat noch höhere Garantieen geben. Dieselben Erwägungen, welche es räthlich erscheinen lassen, dass er gewisse ihm zustehende Ansprüche den Privatansprüchen gleichstellt, werden auch dahin führen, dass er Privatansprüche gegen sich anerkennt. In den Fällen, in welchen dem Einzelnen ein Privatanspruch zustehen würde, falls der Verpflichtete ein Einzelner wäre, wird auch sein Anspruch gegen den Staat als Privatanspruch behandelt[78]). Und wiederum ist es ein äusseres Kennzeichen hierfür, dass sich die Staatsgewalt betreffs dieser Ansprüche dem Ausspruche der bürgerlichen Gerichte unterwirft: mithin eine Macht über seine Verpflichtungen entscheiden lässt, die zwar Seitens des Staats selbst eingesetzt, in ihren Functionen aber gegenüber der regierenden Gewalt unabhängig gestellt ist.

13. Wir sind zum Schlusse dieser Untersuchung gekommen. Als Ergebniss stellen sich folgende Sätze heraus:

Der einer Person gewährte Normenschutz begründet ein Privatrecht derselben unter der Voraussetzung, dass ihr behufs Verwirklichung der ihre Interessen schützenden Imperative ein Privatanspruch zugestanden wird. Ein der-

---

[77]) Denkbar ist freilich auch das Gegentheil — vgl. Rüttimann. das Nordamerikanische Bundesstaatsrecht § 295: »Es steht in Nordamerika der Grundsatz durchaus fest, dass ein Staat vermöge seiner Souverainetät ohne seine Einwilligung nicht vor Gericht belangt werden kann. Die Einwilligung wird von der gesetzgebenden Behörde ertheilt. Doch geschieht dies nur ausnahmsweise.« Siehe auch § 346 ebenda.

[78]) Nur ist freilich nicht jede privatrechtliche Verpflichtung eines Einzelnen auch als Verpflichtung des Staates denkbar. So fallen z. B. alle Privatansprüche aus, die sich auf ein Familienverhältniss zwischen Berechtigten und Verpflichteten gründen. Umgekehrt kann der Staat Ansprüche aus Verpflichtungen, die nur ihn treffen können, trotzdem zu Privatansprüchen erheben und damit namentlich den bürgerlichen Gerichten zuweisen.

artiges Privatrecht steht zunächst dem Einzelnen wider den Einzelnen zu. Aber in den nämlichen Fällen, in denen zwischen Privaten ein Privatanspruch erwachsen wäre, schreibt die Rechtsgemeinschaft, vornehmlich der Staat, auch sich gegen die Einzelnen und den Einzelnen gegen sich einen Privatanspruch zu und anerkennt damit Privatrechte für und wider die Gemeinschaft. Und so kann endlich auch ein Privatrecht zwischen mehreren Gemeinwesen bestehen [79]).

Alle Normen, welche derartige Privatrechte begründen, können wir als privatrechtliche Normen bezeichnen — alle Befugnisse, die zur Begründung oder Aufhebung von Privatrechten gegeben sind [80]), als privatrechtliche Befugnisse. Alle sonstigen Normen sind öffentlich-rechtlicher Art. Entweder begründen sie überhaupt kein subjectives Recht, oder sie gewähren ein solches, aber das Recht ist dann ein öffentliches Recht, bei dessen Verletzung dem Berechtigten, wenn überhaupt ein Anspruch, ein öffentlich-rechtlicher Anspruch zusteht. Alle Befugnisse endlich, die thatsächlichen Voraussetzungen für das Entstehen oder den Wegfall öffentlicher Rechte zu setzen, werden wir öffentlich-rechtliche Befugnisse zu nennen haben [81]).

14. Aus der gegebenen Entwicklung des Privatrechts erhellt, dass letzteres keineswegs mit dem Begriffe Vermögensrecht zusammenfällt. Denn einmal giebt es öffentliche

---

[79]) Instructiv in dieser Beziehung ist Art. 76 der Reichsverfassung: »Streitigkeiten zwischen verschiedenen Bundesstaaten, sofern dieselben nicht privatrechtlicher Natur und daher von den kompetenten Gerichtsbehörden zu entscheiden sind, werden auf Anrufen des einen Theils von dem Bundesrathe erledigt.«

[80]) Genauer wird der Begriff der Befugniss im Abschnitt VII bestimmt werden.

[81]) Z. B. die Befugnisse zur Stellung oder Zurückziehung eines Strafantrags oder zur Ertheilung der Ermächtigung strafrechtlicher Verfolgung (oben § 10), sowie die oben bei Anm. 42. 51 aufgezählten Befugnisse.

Rechte, welche lediglich eine Vermögensbereicherung des Berechtigten bezwecken und sonach reine Vermögensrechte sind [82]). Und andererseits haben wir reine Privatrechte auf Leistungen, welche weder auf Geld noch Geldeswerth gehen [83]). Dem Einzelnen wird eben nicht bloss der rechtliche Schutz seiner Vermögensinteressen zur Realisation überlassen. Auch die Normen, welche die Interessen des Familienlebens zu schützen bestimmt sind, werden ihrer Mehrzahl nach nicht von Amtswegen erzwungen. Vielmehr wird auch hier das Einschreiten gegen die Normwidrigkeit der Initiative des Zunächstbetheiligten überlassen. Der Staat beschränkt sich auch hier auf die secundäre Rolle, dem Verlangen des Berechtigten hülfreiche Hand zu leihen. Solche Rechte und Ansprüche aber gehören sicherlich der Sphäre des Privatrechts an. Ich sehe nicht, wie beispielsweise das Recht des Verlobten auf Eheschluss [84]) dem Gebiete des Privatrechts entzogen werden kann; ebenso der Anspruch des Vaters auf Herausgabe seiner Kinder [85]) oder der Anspruch des grossjährigen Kindes gegen seinen Vater, der ihm die Einwilligung zum Eheschluss ohne genügende Gründe versagt [86]). Sind es doch hier überall Specialinter-

[82]) So das Recht des Staats auf die Entrichtung von Steuern. Bei sogen. Finanzzöllen bezweckt auch das Zollgesetz nichts anderes, als dem Staate eine Einnahmequelle zu eröffnen.

[83]) Dies wird von Manchen geleugnet. Vornehmlich von Haelschner, Gerichtssaal XXI (1869) S. 84 »das Civilrecht ordnet die Beziehung der Person zur Sache, zum Vermögensobjecte und das Verhältniss der Personen zu einander rücksichtlich des Vermögens«, und XXVIII (1876) S. 422. Ebenso Wach (oben Anm. 22), Wahlberg in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts II S. 432 und Brinz, Pandekten, 1. Aufl. I S. 49. »So sind die reinen Privatrechte Vermögensrechte«; doch hat Letzterer seine Ansicht 2. Aufl. S. 219 fg. einigermassen modificirt. Vgl. auch Schlossmann, Vertrag, S. 208 und neuerdings Sohm in Grünhuts Zeitschrift IV (1877) S. 457.

[84]) Vgl. Abschnitt IV Anm. 102.

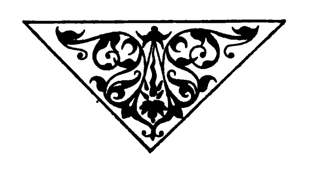
[85]) Interdictum de liberis exhibendis — Abschnitt IV Anm. 99.

[86]) § 32 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875.

essen Einzelner, die rechtlichen Schutz finden und zwar in der Weise, dass dem Interessenten die Verwirklichung des versprochenen Schutzes herbeizuführen überlassen wird. Auch der Weg hierzu ist der des bürgerlichen Rechtsstreits [87]). Und wenn BRINZ das Charakteristische des öffentlichen Rechts darin finden will, dass es stets mit einer Verpflichtung verbunden sei, so würde auch dies vermeintliche Kriterium wenigstens in dem ersten und letzten der gedachten Fälle sicher nicht zutreffen. Denn schwerlich wird Jemand behaupten wollen, dass es des Bräutigams und des Kindes Pflicht sei, Braut und Eltern gerichtlich zu belangen, sobald Anlass und Recht zur Klagerhebung vorhanden ist. Privatrecht ist, wie schon der Name andeutet, jedes dem Einzelnen wider den Einzelnen zur Geltendmachung überlassene Recht: ein Geldwerth desselben oder ein Geldwerth des Zustandes, welchen herbeizuführen das Recht in letzter Linie bezweckt, gehört nicht zu seinem Begriffe.

---

[87]) Es ist willkürlich, wenn HAELSCHNER a. a. O. S. 81 (und ihm folgend WAHLBERG) umgekehrt behauptet: »Gegenstand des bürgerlichen Rechtsstreites ist in allen Fällen ein Vermögenswerth, und das nächste Object des civilen Unrechtes darum jedenfalls ein Vermögensrecht.« Es giebt zahlreiche Civilprocesse, in denen keineswegs ein Vermögenswerth in Frage kommt. Man denke z. B. weiter noch an Klagen des Hauskinds auf Emancipation, des Vaters gegen Frau und Kind auf Domicilfolge, der Eheleute unter einander auf Herstellung des ehelichen Lebens — oder an Klagen auf Unterlassung der Führung des klägerischen Familiennamens (Abschnitt IV Anm. 13). Wenn ich Ehenichtigkeits- und Ehescheidungsklagen nicht erwähne, so geschieht dies, weil hier das öffentliche Interesse an Auflösung einer nichtigen und an Fortbestand einer gültigen Ehe den gewöhnlichen Processgang allerdings einigermassen beeinflusst.





IV.

Die einzelnen Privatrechte.

Die Richtigkeit der in dem vorigen Abschnitte versuchten Begriffsbestimmung der privaten Rechte ist nunmehr einer weiteren Prüfung dadurch zu unterziehen, dass die hauptsächlichsten dieser Rechte einer näheren Entwickelung ihres Inhalts unterworfen werden. Und es soll sich diese Analyse der Reihe nach auf die Kategorieen der persönlichen, der dinglichen, der das Familienleben betreffenden und der obligatorischen Rechte erstrecken.

1. Eine Gruppe von Normen schützt das Gut des Lebens, der Freiheit, der körperlichen, der geistigen, der sittlichen Unversehrtheit, der allgemein bürgerlichen Ehre und der Geschlechtsehre der Frau im Besonderen — diese und andere Güter, welche dem Menschen mit seiner Geburt zu Theil geworden sind. Ja, schon die Entwicklung der Leibesfrucht wird in dem Schoosse der Mutter durch Normen geschützt.

Soweit die gedachten Güter allein durch die staatlichen Verbote Sicherung finden, ist dieser Schutz rein publicistischer Art. Er wird dem Inhaber des Guts ganz ohne dessen

Wollen zu Theil. Kinder und Wahnsinnige stehen ebenso unter demselben, wie handlungsfähige Personen. Darum eben kann auch Ungeborenen bereits eine solche Sicherung werden. **Der Schutz durch staatliche Normen ist lediglich Staatswille.**

Einem Bedenken sind wir bereits früher begegnet [1]). Es giebt Normen, welche nicht jede Verletzung eines Guts, sondern nur dessen Verletzung ohne Einwilligung seines Inhabers untersagen. Wir haben kein Verbot mehr gegen den gewöhnlichen ausserehelichen Beischlaf, gegen die Entführung einer volljährigen, ledigen, mit ihrer Entführung einverstandenen Frauensperson, gegen die Freiheitsberaubung eines fortdauernd Einwilligenden. Damit ist aber nicht zugegeben, dass der Schutz der Keuschheit oder der Freiheit von dem Willen der Einzelnen abhängig gemacht werde; er wird ihnen nur nicht wider ihren Willen zu Theil [2]). Die Rechtsordnung wird zumeist keinen Beruf fühlen, Güter zu schützen, welche deren Besitzer preisgiebt und damit für werthlos erklärt [3]). Indessen wird jedenfalls [4])

---

[1]) Abschnitt III bei Anm. 19.

[2]) Siehe jedoch unten bei Anm. 52.

[3]) Nicht zu verwechseln mit diesen Fällen sind solche, in denen die Uebertretung einer Norm oder doch die Uebertretung eines bestimmten Strafgesetzes zu ihrem Thatbestande erfordert, dass eine Handlung nicht bloss ohne den Willen, sondern geradezu gegen den Willen des Verletzten geschehen sei. Ein Fall der letztgedachten Art ist die Nothzucht im Gegensatz zu dem Verbrechen wider § 176 Z. 2 des Reichsstrafgesetzbuchs.

[4]) Betreffs weitergehender Ansichten, wonach namentlich auch die Körperverletzung eines Einwilligenden verboten und zwar bei voller Strafe verboten sein soll (so dass die Tödtung auf ernstliches Verlangen nach § 216 des Reichsstrafgesetzbuchs nur mit Gefängniss nicht unter drei Jahren, die verlangte Amputation eines wichtigen Körpergliedes Seitens eines Pfuschers dagegen nach § 224. 225 mit Zuchthaus von 2—10 Jahren zu bestrafen wäre), vgl. Oppenhoff, Strafgesetzbuch 6. Aufl. § 223 Nr. 1a. 2. — Schaper in v. Holtzendorff's Handbuch II S. 130 Anm. 5.

das höchste menschliche Gut, dessen Verlust zugleich nicht ersetzt werden könnte, selbst gegen den Willen seines Trägers Dritten gegenüber geschützt. Die Norm »Du sollst nicht tödten« lautet ganz allgemein und verbietet selbst die Tödtung dessen, der diese ausdrücklich und ernstlich verlangt.

Der Schutz, welchen schon das Dasein der Normen den Gütern der Person[5]) gewährt, ist kaum hoch genug anzuschlagen. Bei weitem die Mehrzahl aller Menschen geniesst die meisten dieser Güter von Jugend auf bis zum Ende des Lebens, ohne jemals eine Verletzung derselben zu erfahren. Freilich lässt sich nicht berechnen, inwieweit diese Thatsache ihren Grund findet in der freien Sittlichkeit der Mitmenschen, welche auch ohne staatliches Gebot die Güter ihrer Nebenmenschen zu achten gewillt sind. Ebensowenig ist zu bestimmen, inwieweit nicht schon der Gedanke an das staatliche Verbot, sondern erst der an die Rechtsfolgen der Uebertretung von letzterer abschreckt. Dürfen wir aber auch diesen Gründen und vornehmlich dem ersteren einen beträchtlichen Antheil des Rechtsfriedens zuschreiben, den wir geniessen: so ist doch nicht zu übersehen, welchen Einfluss wiederum die Imperative der Rechtsordnung auf die Entwickelung der Sittlichkeit üben, wie diese durch jene Gebote und Verbote zwar nicht hervorgerufen, wohl aber erzogen, gehoben, befestigt wird. Keinesfalls darf der publicistische Schutz, den schon das Vorhandensein der Normen den Gütern der Einzelnen gewährt, ganz ignorirt werden, wie dies so häufig geschieht. Es kommt überdies noch ein weiteres Moment hinzu. Auch derjenige Schutz beruht lediglich auf dem Staatswillen, welcher den Gütern der Einzelnen dadurch zu Theil wird, dass dem Uebertreter der sie schützenden Normen irgend

[5]) Das Gesagte gilt in gleicher Weise auch für andere Güter.

eine Rechtsfolge gedroht wird. Mag an die Normübertretung eine öffentliche Strafe oder eine Verwirkung oder ein Privatanspruch irgend welchen Inhalts angeknüpft werden: immer ist der durch die Androhung einer Rechtsfolge gewährte Schutz gleichfalls publicistischer Art. Auch den Privatanspruch erhält der Einzelne ungefragt durch die Rechtsordnung zugesprochen. Nur ob er ihn gebrauchen will, steht in seinem Belieben, nicht aber, ob er ihn hat. Wer mithin mit Rücksicht auf eine der gedrohten Rechtsfolgen die Verletzung eines Guts seines Nebenmenschen unterlässt, ist durch den Inhalt des objectiven Rechts, nicht durch ein Privatrecht bestimmt worden.

Sonach werden wohl durch die Normen, sowie durch die an deren Uebertretung geknüpften Folgen, die Einzelnen betreffs der obengedachten Güter geschützt: ihr Recht jedoch ist dieser Schutz allein um des geschützten Gegenstandes willen nicht. Auch wenn nach eingetretener Verletzung eines Guts der Staat die angedrohte Strafe von Amtswegen verhängt, handelt es sich lediglich um die Erfüllung einer staatlichen Verpflichtung — genauer gesagt, um die Erfüllung einer Verpflichtung, welche sämmtlichen mit der Strafjustiz betrauten staatlichen Organen durch die Factoren der Gesetzgebung auferlegt worden ist [6]). Das Nämliche wäre aber zu sagen, falls der Staat den Erfüllungs- oder den Entschädigungszwang ganz in die Hand nehme. Wenn der Staat ohne das Verlangen des Verletzten abzuwarten, ja vielleicht gegen den Wunsch desselben, dem Eingesperrten Freiheit, der Geschwächten Satisfaction, dem Misshandelten Busse, dem Gekränkten Genugthuung verschaffte: so wäre zwar dies Vorgehen zum Schutze der Interessen des Einzelnen bestimmt, nicht aber würde Letzterem der Schutz in der Form eines ihm gewährten Rechtes zu Theil.

---

[6]) Vgl. Abschnitt I Anm. 26.

Zu keinem Rechte, und zwar zu einem Privatrechte, wird der Schutz der Persönlichkeit erst, sofern aus der Uebertretung der schützenden Normen dem Verletzten ein Privatanspruch auf Beseitigung der Normwidrigkeit erwächst.

Dies ist aber kaum der Fall. Aus der Uebertretung der Norm: »Du sollst die Leibesfrucht nicht zerstören« entspringt für diese selbst niemals ein Pivatanspruch. Sie ist in Folge des Delicts nicht zur Persönlichkeit herangereift und hat mithin weder selbst einen Anspruch gehabt noch einen solchen auf Andere übertragen können. Ebensowenig darf man die Privatansprüche hierherzählen, welche bei normwidriger Verletzung persönlicher Güter gegeben werden, aber nicht, um diese Verletzung zu beseitigen, sondern um die zugleich damit verursachte Vermögensbeschädigung auszugleichen. So die actio legis Aquiliae [7]) und actio de pauperie [8]) bei Verletzung eines Menschen, sowie der Anspruch auf Grund des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen und Bergwerken herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen. Ist es doch in diesen Fällen nicht die Uebertretung der Norm: »Du sollst nicht tödten« sondern der anderen: »Du sollst fremdes Vermögen nicht beschädigen, auch nicht durch Tödtung oder Beschädigung seines Eigners«, welche hier die Ersatzverbindlichkeit herbeiführt. Wäre letztere aber auch Ausfluss der Uebertretung der Norm: »Du sollst nicht tödten«: so wäre doch der Anspruch nicht auf Erfüllung dieser Norm, sondern auf Erfüllung der bedingt gegebenen: »wenn doch, sollst Du entschädigen« gerichtet. Keinesfalls dient derselbe mithin unmittelbar zum Schutze der Person, vielmehr nur zur Erzwingung des der zweiten

---

[7]) l. 13 pr. ad leg. Aq. 9, 2.

[8]) l. 3 si quadrupes 9, 1.

bedingten Norm entsprechenden Verhaltens. Aus dem letztgedachten Grunde gehören auch die Ansprüche nicht hierher, welche auf den ersten Blick allerdings als zum Schutze eines persönlichen Gutes bestimmt erscheinen, insofern sie nur die Verletzung einer Person, und nicht zugleich eine hierdurch verursachte Vermögensbeschädigung zur Voraussetzung haben: wie die actio iniuriarum aestimatoria, der Anspruch des schuldhaft Verletzten auf Schmerzengeld [9]), des seiner Freiheit Beraubten auf Sachsenbusse, der Geschwächten auf Deflorationsgelder und Satisfaction, sowie zum Theil — nämlich soweit damit mehr wie Ersatz der erlittenen Vermögensbeschädigung erreicht werden kann — der Anspruch auf Busse nach § 231. 188 des Reichsstrafgesetzbuchs. Auch der nach § 46 der Seemannsordnung vom 27. December 1872 dem Schiffsmanne gewährte Anspruch auf »eine den erlittenen Entbehrungen entsprechende Vergütung« gehört in diese Kategorie.

Scheiden die gedachten Ansprüche sämmtlich aus, da nur ihre Androhung Seitens der Rechtsordnung, nicht aber ihre Geltendmachung Seitens des Einzelnen einen Schutz persönlicher Güter gewährt, so bleiben nur wenige und dazu einigermassen problematische Ansprüche zurück, welche direct auf Erzwingung einer zum Schutz der Person gegebenen Norm gerichtet sind [10]). Ein Privatanspruch des

[9]) Windscheid, Pandekten § 455 A. 30. 31 II Bd. S. 706 und dazu Seuffert, Archiv, XXXI. 230. 231 — Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts Oldenburg 1874 und des oberen Gerichtshofs für Bayern 1875. Dawider Seuffert XXXII. 239 (Erkenntniss des Oberappellationsgerichts Lübeck 1873) aus dem meines Erachtens irrigen Grunde, dass der Anspruch auf Schmerzengeld Straffolge der Körperverletzung und sonach durch das Strafgesetzbuch aufgehoben sei.

[10]) Dass dem durch Normen Geschützten nicht schon vor der Verletzung ein Anspruch gegen Jedermann auf Unterlassung einer Verletzung zusteht, soll bei Besprechung des Eigenthumsrechts gezeigt werden — da, wo jene Anschauung vornehmlich herrscht. Die Un-

seiner Freiheit Beraubten auf Beendigung der Normwidrigkeit würde geringen praktischen Werth haben; zudem wäre hier von Amtswegen einzuschreiten[11]). Ebenso erfolgt der Schutz gegen die in Schrift oder Abbildung begangene und darum fortwirkende Ehrenkränkung entweder überhaupt von Amtswegen[12]), oder zwar erst, falls der Antrag auf Bestrafung gestellt ist, dann aber unabhängig von dem Verlangen des Beleidigten. Die prohibitorischen Interdicte zum Schutze des Gebrauchs öffentlicher Wege und Gewässer wären hierherzuziehen, wenn nicht aus der Vergleichung mit andern verwandten Interdicten hervorginge, dass es der (wenn auch beschränkte) Genuss der Sache ist und nicht der Genuss des persönlichen Guts freier Bewegung, welcher gegen Beeinträchtigungen geschützt werden soll. Wohl aber mag der Anspruch auf Unterlassung der Führung des klägerischen Familiennamens[13]) etc. zu den Privatansprüchen gerechnet werden, welche unmittelbar den Schutz eines persönlichen Guts zu realisiren bestimmt sind.

Wie dem auch sei: jedenfalls sind die Privatansprüche auf Schutz persönlicher Güter äusserst gering an Zahl und gegenüber dem sonst durch die Rechtsordnung diesen Gütern gewährten Schutz von verschwindender Bedeutung. Will man um dieser Ansprüche willen von einem

---

haltbarkeit der letzteren zeigt sich jedoch zumal bei den persönlichen Gütern. Oder will man etwa der Leibesfrucht einen Anspruch gegen »alle Welt« einräumen, nicht abgetrieben zu werden?

[11]) Wie auch das interdictum de homine libero exhibendo eine Popularklage war: l. 3 § 9 de homine libero exh. 43, 29.

[12]) § 41. 42 des Reichsstrafgesetzbuchs und dazu Oppenhoff, zu § 42 Nr. 1. Vgl. auch l. 37 pr. de iniuriis 47. 10: »Constitutionibus principalibus cavetur ea, quae infamandi alterius causa in monumenta publica posita sunt, tolli de medio.«

[13]) Vgl. Seuffert, Archiv, XIX, 114 XVII, 3; Erkenntnisse der Oberappellationsgerichte Celle 1841 und München 1863. Siehe jedoch Gerber, Deutsches Privatrecht § 34 Anm. 1. Ihering, Geist III Anm. 464. 3. Aufl. S. 340.

Privatrecht der Persönlichkeit[14]) reden, so ist hiergegen nichts einzuwenden[15]). Nur vergesse man nicht, dass lediglich diese wenigen Ansprüche zu einer derartigen Benennung gegründeten Anlass geben können, indem der sonst der Persönlichkeit gewährte Schutz allein auf dem Staatswillen beruht und sonach publicistischer Art ist. Und auch dann ist der Ausdruck »Recht an eigner Person[16])« besser zu meiden. Seine Beibehaltung würde, wenn nicht andere[17]), so doch immer die irrige Vorstellung hervorrufen, als ob schon der Genuss dieser persönlichen Güter ein »Recht« sei. Dass dies nicht der Fall, soll im sechsten Abschnitte gezeigt werden.

2. Auch der Vollgenuss[18]) einer körperlichen Sache ist ein Gut, dessen Beeinträchtigung durch Genussanmassungen

---

[14]) Arndts, Pandekten § 24 A. 2 und die daselbst angeführte Stelle Krit. Jahrb. VII S. 299. Ihering, Geist, III § 61 A. 482 — Waechter, Handbuch II § 45, welcher unser Recht der Persönlichkeit als »Personenrecht« bezeichnet. — Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 16 fg. verwechselt das Recht der Persönlichkeit mit dem Gute der Persönlichkeit.

[15]) Die Gründe bei Savigny, System, I S. 335—337 treffen die hier versuchte Bestimmung des Rechts der Persönlichkeit nicht. Wenn Unger, System des österr. Privatrechts I § 60 gegen die gebräuchlichen Auffassungen des Rechts der Persönlichkeit mit Fug polemisirt, so geht er doch in Verwerfung des ganzen Begriffs von seinem eigenen Standpunkte aus zu weit. Denn Anm. 14 sagt er von der actio iniuriarum: »Diese Klage - - - - schützt durch eine (öffentliche oder Privat-) Strafe die Persönlichkeit.« Wäre dies zutreffend, so würde damit auch ein Privatrecht der Persönlichkeit angenommen werden müssen, dessen Ausdruck die Privatklage wäre. Aus dem Dasein einer Klage muss auf das Dasein eines Rechtes geschlossen werden.

[16]) Windscheid, Pandekten, § 38. 39.

[17]) So die heute aufgegebene Anschauung, als habe der Mensch sich selbst zu Eigenthum — Vangerow, Pandekten, § 34 Anm. 1 — oder als gebe es ein »Recht an eigener Person«, »welches der Person zusteht und dessen Gegenstand sie selbst ist« — Puchta, Pandekten § 46. 114.

[18]) In welchem Sinne hier und weiterhin von einem Vollgenuss der Sache gesprochen wird, möge aus Anm. 31 entnommen werden.

Dritter durch Normen verboten wird. Es erfolgt dies zu Gunsten desjenigen, dem die Rechtsordnung den Vollgenuss der Sache nach seinem Belieben überlassen will — und es ist dies die Person, hinsichtlich welcher die Voraussetzungen sich erfüllt haben, die wir als Eigenthumserwerb zu bezeichnen pflegen. Den also Geschützten selbst nennen wir den Eigenthümer der Sache.

Soweit das Dasein der Normen und das hierdurch hervorgerufene oder gesteigerte Rechtsgefühl eine Genussanmassung Seitens Dritter hintanhält, wird dieser Schutz dem Eigenthümer ganz ohne sein Zuthun [19]) zu Theil. So erklärt sich zur Genüge, was bei den gewöhnlichen Begriffsbestimmungen eine stete Schwierigkeit bereitet, dass auch Willensunfähigen ein Eigenthumsrecht zugeschrieben wird: nämlich ein Schutz durch den Staatswillen gegen Genussanmassungen Dritter. Allerdings wäre damit kein Grund gegeben, diesen Schutz ein Privatrecht zu nennen. Auch nicht um desswillen, weil der Eigenthümer in Folge desselben die erhöhte Möglichkeit eigenen Genusses erhält. Denn der Genuss eines Guts ist weder selbst ein »Recht« noch der »Inhalt« oder die »Ausübung« eines solchen. Ebensowenig macht der Umstand den Schutz zu einem Privatrecht, dass die Rechtsordnung eine Uebertragung desselben durch Rechtsgeschäft zulässt. Auch diese Uebertragungsbefugniss ist nicht Inhalt des Eigenthumsrechts, ihre Ausübung nicht Ausübung des letzteren; ist doch vielmehr das Eigenthumsrecht das Object der Uebertragung. Beide Sätze können und sollen hier nur aufgestellt werden; ihre Begründung bleibt den beiden letzten Abschnitten vorbehalten.

---

19) Aber nicht gegen seinen Willen. Auch hier ist Nichteinwilligung des Eigenthümers in die Beeinträchtigung Voraussetzung der Normwidrigkeit der letzteren. Vgl. jedoch wegen des Ausdrucks »gegen seinen Willen« unten Anm. 52.

Weiter lässt auch nicht jede an die Uebertretung der Norm angeknüpfte Rechtsfolge das Eigenthum als ein Privatrecht erscheinen. Dies erhellt sofort hinsichtlich derjenigen öffentlichen Strafen, mittels derer der Staat Eigenthumsverletzungen büssen lässt. Aber auch wenn der Staat die Norm: »Du sollst fremdes Gut dem Eigenthümer nicht vorenthalten« ohne das Verlangen des Geschützten realisirte, wenn er aus eigenem Antriebe die Anmassung eines Mitgenusses Seitens eines unbefugten Dritten für die Zukunft verhindern würde: so wäre dies zwar eine erhebliche Steigerung des dem Eigenthümer gewährten Schutzes, aber ein Recht des Eigenthümers dürfte man auch diesen Schutz nicht nennen. Sein Interesse würde gewahrt, aber nicht durch ein Mittel, welches man gleichfalls sein zu nennen vermöchte. Zu einem Privatrecht wird das Eigenthum erst, insoweit aus Uebertretungen der zu seinem Schutze aufgestellten Normen dem Eigenthümer ein Anspruch auf Beseitigung jener Normwidrigkeit erwächst. Erst die Privatansprüche des Eigenthümers auf fernere Unterlassung der Anmassung totalen oder theilweisen Genusses, welche, klagweise verfolgt, in der rei vindicatio und actio negatoria ihren Ausdruck finden, erheben das Eigenthum zum Privatrecht.

3. Zumal beim Eigenthum[20]) begegnet man vielfach der Anschauung[21]), dass bereits vor Uebertretung einer

---

[20]) Betreffs der gleichen Frage in Ansehung der persönlichen Güter vgl. Anm. 10.

[21]) Namentlich bei Windscheid, Pandekten, I 4 A. § 43 Z. 2 § 192. § 107 S. 102. 610. 306, aus dessen Darstellung die angeführten Sätze entnommen sind. Zustimmend H. Bürkel, Krit. Vierteljahrsschrift XI S. 232. Vgl. auch Windscheid, die Actio, Abwehr (1857) S. 28. 37. Diese Anschauung wird auch von Solchen getheilt, welche in der Auffassung dessen, was Anspruch sei, von Windscheid abweichen; vgl. Muther, zur Lehre von der Römischen Actio (1857) S. 49. 67. und neuerdings wieder Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen (1876) S. 5. 11.

das Eigenthum schützenden Norm dem Geschützten ein Anspruch erwachsen sei. Sofort mit Erwerb des Eigenthums stehe dem Berechtigten ein Anspruch zu, »dass sich Niemand mit dem Eigenthumswillen - - in thatsächlichen Widerspruch setze.« Dieser Anspruch werde zwar so lange »befriedigt,« als »der von ihm geforderte thatsächliche Zustand vorhanden« sei. Entgegengesetzten Falles »verwandelt sich der Eigenthumsanspruch in einen Anspruch gegen den Thäter auf Wiederaufhebung der dadurch dem Eigenthumsrechte zugefügten Verletzung bez. ihrer Folgen«. Die Annahme eines derartigen Anspruchs gegen Jedermann ist jedoch ebenso müssig wie irreführend[22]).

Zunächst würde es dem also gearteten Anspruche an jeder Wesenheit fehlen. Solange die das Eigenthum schützenden Normen nicht übertreten sind, hat es keine Bedeutung, dem Eigenthümer einen Anspruch zuzuerkennen. Wird doch eingeräumt, dass letzterer ebensolange befriedigt sei — und ob Jemand gar keinen Anspruch hat, oder einen befriedigten Anspruch, kommt praktisch auf dasselbe hinaus. Seine Kraft und Bedeutung müsste der Anspruch erproben, sobald er unbefriedigt bleibt. Dann ist der Augenblick gekommen, der seine Geltendmachung herausfordert, in dem es sich zeigen muss, ob und welcher Werth dem Anspruche zukommt. Und was wird in solchem Falle mit jenem »Anspruche«? Denjenigen gegenüber, die ihn befriedigen, bleibt er derselbe — dem gegenüber aber, der ihn unbefriedigt lässt, der nun die Wucht desselben fühlen sollte, diesem gegenüber »verwandelt« sich augenblicklich unser Anspruch in einen solchen anderen Inhalts. Jener wesenlose Anspruch geht unter, ein anderer, neuer, nunmehr bedeutungsvoller Anspruch entsteht. Man sieht, sofern man

---

[22]) Richtig schon Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 158. 171, wiewohl zum Theil aus unhaltbaren Gründen. Vgl. unten bei Anm. 132 fg. S. auch Brinz, Pandekten, 2 A. § 79 S. 253.

nur letzteren anerkennt, giebt man nichts preis, als etwas, das zwar den Namen »Anspruch« führt, aber jeglicher Realität entbehrt[23]).

Oder soll jener Anspruch zum Zwecke des »Ansprechens« gewährt sein? Ich werde im nächsten Abschnitte zu zeigen haben, dass allerdings auch schon das blosse Fordern- und Verlangendürfen einen (wenn auch praktisch den wenigst bedeutsamen) Theil des Inhalts eines Anspruchs bildet. Hier aber giebt die Rechtsordnung dem Eigenthümer jenen Anspruch doch gewiss nicht um desswillen, damit er an jeden beliebigen Dritten die Forderung stelle: Verletze mein Eigenthum nicht! Unerlaubt ist ein solches Ansinnen zunächst allerdings nicht. Nicht mehr und nicht minder, als wenn der Eigenthümer anderes sagt, was zu sagen ihm nicht verboten ist. Er kann auch mahnen: Verletze nicht das Eigenthum meiner Nachbarn! — welchem Ansinnen ein Anspruch doch gewiss nicht zu Grunde liegt. Nur hüte er sich in dem einen wie in dem andern Falle, dass er nicht durch unmotivirte oder wiederholte Kundgebung seines Verlangens nicht bloss lästig, sondern geradezu strafbar werde. Gar leicht wird eine derartige Mahnung zur Beleidigung werden.

Sehen wir uns aber jenen »Anspruch« noch etwas näher an. Er soll »gegen Jedermann« gerichtet sein, »gegen alle Mitmenschen« ja »gegen alle Welt«[24]). Ein jeder Eigenthümer hätte hiernach Ansprüche gegen jedes Glied auch einer fremden und noch so fernen Nation. Die Wilden selbst, die noch in keinem staatlichen Verbande leben

[23]) Namentlich ist man nicht genötigt, dem Eigenthümer einen Anspruch gegen Jedermann um desswillen einzuräumen, damit er normwidrige Angriffe von sich abwenden könne. Die Abwehr ist Jedermann gestattet, dazu bedarf es eines Anspruchs nicht. Beweis hierfür ist, dass sie auch einem Dritten, Unbetheiligten freisteht, dem man doch kaum einen Anspruch gegen Jedermann auf Nichtstörung fremden Eigenthums wird einräumen wollen.

[24]) Vgl. die Allegate der Anm. 21.

und eine Rechtsordnung für sich nicht besitzen: diesen Ansprüchen der Eigenthümer fremder Länder wären sie unterworfen. Und nicht bloss dies, täglich und stündlich würden sie auch jenen Ansprüchen gerecht. Da meldet sich doch der Zweifel: wie kommt die einzelne Rechtsordnung zu der Macht, ihren Genossen Ansprüche gegen alle Welt zu gewähren? Man wird die Ansprüche gegen diejenigen Mitmenschen, die derselben Rechtsordnung nicht unterworfen sind, wohl unbedingt fallen lassen müssen. Dann aber hätten wir ein unerfreuliches Zwitterverhältniss: gegen Ausländer hätte der Eigenthümer keinen »Anspruch«, wohl aber gegen jeden seiner Rechtsgenossen. — Eine gleiche Undurchführbarkeit würde sich noch in anderer Hinsicht ergeben. Es giebt Verhältnisse, in denen zwar jede Genussanmassung Dritter durch Normen verboten ist, allein nicht zu Gunsten einer schon jetzt bestimmten Person. Eingriffe in die ruhende Erbschaft sind untersagt; dies Verbot wirkt zu Gunsten des künftigen Erben. Aber der künftig Berechtigte hat, gerade weil er es erst in der Zukunft wird, gegenwärtig noch kein Recht an den Objecten der Erbschaft. Ihm wird man mithin unmöglich einen Anspruch gegen Jedermann auf Unterlassung des Eingriffs zuschreiben dürfen. Dann wird man sich aber in diesem Fall in Ermangelung einer Person, der man den Anspruch zusprechen könnte, mit einem blossen Schutz durch Normen begnügen müssen.

Ein Zweck jenes »Anspruchs« ist nicht zu erkennen. In der Ausdehnung, welche für sie gefordert wird, sind »Ansprüche« nicht einmal möglich. Man sollte meinen, die Annahme einer solchen problematischen Existenz diene wenigstens zur einheitlicheren Gestaltung der Lehre vom Anspruch. Allein weit davon entfernt hat sie nur Unzuträglichkeiten aller Art im Gefolge. Der Frage nach der Verjährung dieses »Anspruchs« kann man zur Noth durch die

Annahme fortwährender Befriedigung desselben entgehen. Aber will man eine Cessibilität dieser Ansprüche auf Nichtstörung zugeben? Oder die Zulässigkeit eines Verzichts auf dieselben wie bei anderen Ansprüchen? Kurzum, will und kann man die ganze Lehre von den Ansprüchen auch auf diese Scheinexistenzen anwenden? Und was man ferner damit in den Kauf nimmt, ist ein Widerspruch mit der eigenen Lehre. Nicht bloss von anderer Seite wird mit Recht bemerkt, dass unser Anspruch wie die römische Actio einen bestimmten Gegner voraussetzt[24a]). Auch WINDSCHEID selbst lehrt[25]):

> »dass alle dinglichen Rechte - - durch ihre Verletzung eine persönliche Beziehung gewinnen, welche sie bis dahin nicht hatten, sich zu einem Forderungsrechte oder - - - zu einem Anspruche gegen den Verletzer gestalten«.

und an anderer Stelle[26]):

> »den Ausdruck: Rechtsanspruch, Anspruch, habe ich gewählt zur Bezeichnung der persönlichen Richtung des Rechtes, kraft deren von einer bestimmten Person etwas gefordert wird.«

Endlich wird die von WINDSCHEID so glücklich durchgeführte Parallele zwischen Anspruch und Actio durch die Anerkennung solcher Ansprüche gegen Jedermann ohne Noth verlassen. Denn es bedarf keiner Bemerkung, dass den Römern

---

24a) BRINZ, a. a. O. S. 247. 248. 251. 253.

25) Actio S. 223. — Die Betonung des Wortes Anspruch macht es unmöglich, den Nachdruck auf die Worte »gegen den Verletzer« zu legen. Ueberhaupt ist die Lehre von den »Ansprüchen gegen Jedermann« in dem citirten Werke noch nicht enthalten; vgl. S. 5. 14 ebenda. Erst später (die Actio, Abwehr S. 28. 37) räumt WINDSCHEID ohne Noth das Dasein solcher Ansprüche ein.

26) Abwehr S. 7 A. 1 — Auch ist der »Anspruch gegen Jedermann« nicht etwa nur Anspruch, nicht Rechtsanspruch. Vielmehr wird er S. 28 ebenda ausdrücklich als Rechtsanspruch bezeichnet.

der Gedanke einer actio des Eigenthümers gegen alle seine Mitmenschen vollkommen fremd war[26a]).

Aus allen diesen Gründen werden wir nichts verlieren, wohl aber gewinnen, wenn wir die Lehre von den Ansprüchen gegen Jedermann hier und anderwärts aufgeben.

4. Wir gelangen hiernach zu folgenden Sätzen. Eigenthümer einer Sache ist derjenige, welcher gegen den Genuss[27]) der Sache Seitens dritter Personen in relativ weitestem Umfange durch Normen geschützt wird. Eigenthum im Sinne von Eigenthumsrecht bezeichnet den also gewährten Schutz.

Zwei Momente sind charakteristisch für das Eigenthum und unterscheiden dasselbe von den übrigen dinglichen Rechten. Einmal die umfassende Art, in welcher der Eigenthümer gegen den Genuss dritter Personen geschützt wird. Das Eigenthum hat zwar nicht zur Folge, dass jeder

---

[26a]) Dass Lenel den bekämpften Standpunkt theilt, ist um so auffälliger, als er selbst (S. 9) — obschon zu weit gehend — »als ausnahmslos das Princip« proclamirt: »wo keine actio, da auch kein Anspruch«.

[27]) Genuss im weitesten Sinne genommen, so dass nicht bloss das uti frui, sondern auch das Vorenthalten sowie jede Einwirkung auf die Sache damit getroffen wird. Der Ausdruck wird, so hoffe ich, keinen Anstand finden. Ich wähle ihn, um sofort den ökonomischen Zweck des Verbots erkennen zu lassen: damit der Eigenthümer beliebig geniessen könne, ist jeder beeinträchtigende Genuss den Andern untersagt. Um desswillen ziehe ich ihn dem farbloseren Worte »Einwirkung« vor. Auch wird man wohl alles, was man Einwirkung nennen kann, als Genusshandlung ansprechen dürfen; so auch namentlich ein Beschädigen oder Zerstören der Sache. Wer fremdes Bier trinkt, geniesst es nicht minder als wer sein eigenes Glas leert. Ebenso aber auch, wer das Glas absichtlich zerschlägt. Enthält hiernach jede Zerstörung des Guts möglicherweise einen Genuss für den Zerstörenden, so kann sie auch objectiv als Genusshandlung bezeichnet werden, selbst wenn sie im einzelnen Falle dem Thäter subjectiv keinen Genuss gebracht hat. Indessen, es handelt sich hier nur um die Wahl eines passenden Ausdrucks. Sollte das Wort Einwirkung genauer scheinen, so bitte ich es hier und weiterhin zu substituiren.

Genuss der fremden Sache den Anderen versagt wird. Sehen wir auch ab von solchen Genussformen, welche die Interessen des Eigenthümers überhaupt nicht beeinträchtigen[28]), so ist letzterer doch verpflichtet, gewisse Genusshandlungen zu dulden, selbst wenn sie mit seinen Interessen collidiren[29]). Das Eigenthum gewährt mithin keinen unbeschränkten Schutz. Aber keinesfalls einen geringeren, wie jedes andere dingliche Recht. Denn auch Emphyteuta und Usufructuar haben so gut wie der Eigenthümer jenen Mitgenuss Dritter zu dulden[30]).

---

[28]) Beispiel: Der Genuss des Anblicks des schön gebauten Nachbarhauses oder des Ausblicks über das Nachbargrundstück hinweg — Fälle der von Ihering sogen. »Reflexwirkungen factischer Art.« (Jahrb. für Dogmatik X S. 250). Der Eigenthümer kann sie durch Veränderung seines Grundstücks vereiteln, nicht aber, so lange sie möglich sind, verbieten. Dass es sich hier um Genuss des Nachbargrundstücks handelt, zeigt sich darin, dass derselbe durch Auferlegung einer Servitut gesichert werden kann — und eine Servitut wird fast allgemein als ein Nutzungsrecht bezeichnet. Vgl. auch c. 12 § 2 C. de aed. priv. 8, 10.

[29]) Ausser den Beschränkungen in Folge nachbarlicher Verhältnisse würde z. B. die Bestimmung des § 4 J. de rer. div. 2, 1 hierherzuziehen sein: »riparum quoque usus publicus est -- itaque navem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuique liberum est« — l. 5 de div. rer. 1, 8. l. 15 de adq. rer. dom. 41, 1. — Wenn Bekker, Jahrb. für gem. Recht V S. 201 diese und ähnliche Fälle als »Beschränkungen der Negatorienklage« bezeichnet, so ist dies entweder ein Ausdruck, der der Sachlage nicht entspricht, oder es liegt ihm ein irriger Gedanke zu Grunde. Es cessirt nicht bloss die Verpflichtung des Schiffers, das Ufergrundstück nicht zu betreten (Beschränkung der actio negatoria): sondern den Eigenthümer (und dritte Personen) trifft auch die Verpflichtung, der Benutzung des Ufers nichts in den Weg zu legen -- l. 1. pr. § 14. 19 de fluminibus 43, 12; l. 1 pr. ut in flum. p. 43, 14. Darum ist aber auch dieser Fall erheblich von demjenigen verschieden, in welchem nur die rei vindicatio cessirt — Windscheid, Pandekten, I § 169 Z. 12; vgl. auch Not. 2 (S. 526. 518). Hier ist lediglich die dem Eigenthumsrechte correspondirende Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe aufgehoben — dort ist auch eine Verpflichtung des Eigenthümers (und Anderer) begründet.

[30]) Der Satz wird kaum zweifelhafter um desswillen, weil einzelne hierhergehörige Interdicte, z. B. das de glande legenda, wörtlich nur

Durch derartige Bestimmungen wird das allgemeine Niveau der Berechtigung Einzelner — zumal am Grund und Boden — zu Gunsten des Gemeingebrauchs herabgedrückt. Der Eigenthümer verliert dadurch allerdings, aber weder mehr noch weniger wie jeder andere dinglich Berechtigte. Solche Beschränkungen des Alleingenusses könnte die Rechtsordnung aus Zweckmässigkeitsgründen vermehren, ohne dass wir desshalb den Begriff des Eigenthums aufzugeben hätten [31].

Das zweite charakteristische Moment beruht in Folgendem. Von dem zu Gunsten des Eigenthümers gegebenen Verbote des Genusses können nicht nur, wie erwähnt, einzelne Genussformen überhaupt ausgenommen werden, sondern es kann auch der den Anderen verbotene Genuss auf Grund bestimmter Thatsachen — Rechtsgeschäft oder unmittelbare gesetzliche Bestimmung — in grösserem oder geringerem Umfange gewissen Personen gestattet sein. Ja noch mehr: in solchen Fällen trifft nicht allein das Verbot

---

den Eigenthümer als Verpflichteten nennen — denn vgl. z. B. l. 1 § 5 de arbor. caed. 43, 17 mit l. 1 § 25 de aqua 43, 20; s. auch l. 3 § 7 de rivis 43, 21, l. 1 § 3 de fonte 43, 22, l. 3 § 5 de itinere 43, 19. Unter dieser Voraussetzung muss ich die Richtigkeit der Ausführungen BEKKER's Aktionen II S. 364. 368 C. trotz der Entgegnung von WINDSCHEID a. a. O. S. 519 anerkennen: es liegt hier allerdings ein dingliches Recht vor, welches im römischen Recht nur durch actio in personam Schutz gefunden hat. Das Verbot an die unbegrenzte Menge zum Zwecke der Ermöglichung eines wenn auch beschränkten Genusses einer körperlichen Sache ist mir das Entscheidende. Damit ist auch, was WINDSCHEID vermisst, »das Centrum« gegeben, »in welchem die Ansprüche gegen die Person ihren Zusammenhalt finden und aus dem sie ausstrahlen«.

[31]) Nur in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn dem Eigenthümer der Vollgenuss seiner Sache zugeschrieben wird. »Der logische Fehler«, den GAREIS (HARTMANN's Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis III (1877) S. 149) bei der Begriffsbestimmung des Eigenthums geradezu für nothwendig hält, ist, wie ich glaube, in der oben versuchten Definition vermieden.

die davon befreiten Personen nicht, sondern zu Gunsten derselben ist der Eigenthümer seinerseits wie jeder Dritte verpflichtet, sich gewisser Genusshandlungen zu enthalten. Man spricht dann von einer Beschränkung des Eigenthums durch dingliche Rechte — und es kann in Folge derselben der ökonomische Werth des Eigenthums erheblich gemindert und weit geringer sein, als der des beschränkenden dinglichen Rechts. Allein in rechtlicher Beziehung zeichnet sich immer noch die Stellung des Eigenthümers vor der des anderweit Berechtigten aus: nämlich im Verhältniss zu dritten Personen. Diese sind dem Inhaber des ius in re aliena gegenüber nur zur Unterlassung gewisser Genusshandlungen verpflichtet. So ist zu Gunsten des Inhabers einer servitus ne altius tollatur allen übrigen Normunterworfenen nur das Höherbauen verboten, nicht aber eine andere Genussform[32]), selbst nicht die Besitzergreifung des dienenden Grundstücks — eine Wegedienstbarkeit wird nicht dadurch verletzt, dass ein Anderer denselben Weg wandelt[33]) — und auch der Niessbrauchsberechtigte darf sich wenigstens durch die meliorirende Thätigkeit eines Dritten nicht beschwert fühlen. Dagegen sind dem Eigenthümer gegenüber stets alle Genusshandlungen dritter Personen verboten, mag auch das Eigenthum durch die oder jene Servitut belastet sein. Auch dem beschränktesten Eigenthume entspricht mithin die Verpflichtung einer unbestimmten Anzahl von Personen und zwar mit einem weitergehenden Inhalte, als der Verpflichtung in Folge eines beschränkenden dinglichen Rechts gemeinhin zukommt[34]). Nur der

---

[32]) l. 17 § 1 l. 20 § 6 l. 21 de serv. pr. urb. 8, 2.

[33]) l. 15 communia 8, 4.

[34]) Richtig Lenel, a. a. O. S. 13 Anm. 2, der jedoch, wenn er das regelmässige Uebersehen dieses Satzes erstaunlich findet, seinerseits die Stelle bei Bruns in v. Holtzendorff's Encyclopädie 2. Aufl. S. 361 3. Aufl. S. 385 übersieht.

Emphyteuta und Superficiar werden in demselben Umfange geschützt wie der Eigenthümer [35]). Damit schwindet aber auch die Möglichkeit, einen Unterschied der Rechtsstellung der letztgedachten Berechtigten und des Eigenthümers gegenüber dritten Personen aufzustellen [36]). Ihre Specialverpflichtungen gegen den Eigenthümer sind es dann nur, in Folge derer ihre rechtliche Stellung von der des letzteren abweicht [37]).

Nur ein Ausfluss des zweitgedachten für das Eigenthum charakteristischen Moments, keine neue Eigenthümlichkeit, ist dessen sogenannte Elasticität. Der Eigenthümer wird gegen den Genuss Dritter geschützt, sofern letzteren nicht ein besonderes Recht zusteht, in Folge dessen einerseits ihnen ein gewisser Genuss nicht verboten ist und andererseits den Eigenthümer die Verpflichtung trifft, sich eines gewissen Genusses zu enthalten. Consequenz ist, dass mit Wegfall des besonderen Rechts einmal jeder Genuss auch den bisher von dem Verbote befreiten Personen wiederum untersagt ist, und zweitens, dass die Verpflichtung des Eigenthümers wieder hinwegfällt. Diese Elasticität ist den beschränkten dinglichen Rechten zu Folge ihres Inhalts fremd. Zu Gunsten ihrer Inhaber sind nur gewisse Genussformen Anderen untersagt — unter diesen Anderen dem Eigen-

---

[35]) Ihering, Abhandlungen (1844) S. 134. 138. Windscheid, Pandekten § 219 Note 11 § 223 N. 9 — Brinz, Pandekten § 203 Anm. 29.

[36]) Dritten ist dem Emphyteuta und Superficiar gegenüber jede Handlung untersagt, welche dem Eigenthümer gegenüber verboten ist. — Dritten gegenüber ist dem Emphyteuta und Superficiar zwar alles das, aber auch nur das verboten, was dem Eigenthümer verboten ist.

[37]) Vergleicht man freilich, wie dies bei Vangerow Pandekten § 302 Anm. geschieht, die Stellung des Emphyteuta mit der des unbelasteten Eigenthümers, so ist der Unterschied handgreiflich — denn der erstere darf nicht deterioriren. Allein dieser Vergleich beweist nichts. Der Unterschied müsste sich in der Rechtsstellung des Eigenthümers und des Emphyteuta Dritten gegenüber während Bestehens der Emphyteuse zeigen. Und einen solchen finde ich nicht.

thümer so gut wie jedem Dritten. Verliert der Eigenthümer das ihm verbliebene Recht, so wandelt sich damit das beschränkte dingliche Recht nicht im mindesten um. Hatte es doch dem Eigenthümer gegenüber keinen anderen Inhalt wie Dritten gegenüber; es ist mithin auch völlig gleichgültig, ob der Eigenthümer zum Nichteigenthümer wird. Aber auch hier zeigt es sich, dass Emphyteuse und Superficies dem Eigenthume näher stehen als den Servituten. Zu Gunsten des Emphyteuta und Superficiars ist Dritten alles verboten, was dem Eigenthümer gegenüber verboten ist; den Eigenthümer selbst trifft dieselbe Verpflichtung, die dritten Personen auch ihm gegenüber obliegt. Fällt das Eigenthum hinweg, so steht den gedachten beiden dinglich Berechtigten die unbegrenzte Zahl der Anderen nach wie vor mit derselben umfassenden Verpflichtung gegenüber, während die Specialverpflichtungen der Berechtigten dem Eigenthümer gegenüber erloschen sind. Von diesem Augenblicke an ist ihre Rechtsstellung allerdings nicht von der des Eigenthümers zu unterscheiden.

5. Der Eigenthümer wird gegen den Genuss seiner Sache Seitens dritter Personen durch Normen geschützt. Statt dessen wird der Satz meist also gefasst: es sei dritten Personen verboten, den Eigenthümer im Genusse seiner Sache zu behindern. Für die herrschende Lehre, welche das Geniessendürfen als Inhalt, den factischen Genuss als Ausübung des Eigenthumsrechtes betrachtet, ergiebt sich die letztere Fassung als Consequenz [38]). Die Formel würde dann lauten: »der Eigenthümer darf geniessen und kein Dritter darf ihn behindern.« Aber auch diejenigen, welche

---

[38]) Windscheid, Pandekten, § 198 bei Note 1 combinirt beide Verbote, das der eignen Einwirkung und das der Behinderung des Eigenthümers — entsprechend der »negativen« und »positiven Seite des Eigenthumes« § 167. In letzterer Hinsicht übereinstimmend Arndts, Pandekten, § 130, Keller, Pandekten, § 112 a. E., Bruns a. a. O. S. 361.

mit vollem Rechte dagegen ankämpfen, dass der Rechtszweck — hier Vollgenuss der Sache Seitens des Eigenthümers — als Inhalt des Rechts bezeichnet werde, sind doch bei dem zweiten Theil der Formel stehen geblieben und fassen den Imperativ in gleicher Weise dahin: Niemand darf den Eigenthümer in seinem Genusse behindern [39]). Die folgende Betrachtung wird aber ergeben, dass die Formel richtiger dahin zu fassen ist: Niemand darf eine fremde Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers geniessen. Wer eine fremde Sache dem Eigenthümer vorenthält, handelt normwidrig. Ob allein durch den eigenen Besitz, oder durch die darin liegende Behinderung des Eigenthümers, ist hier allerdings nicht zu erkennen. Denn eigener Genuss und Behinderung des fremden Genusses fallen hier wie so häufig [40]) zusammen. Bedenklicher wird schon die Sache, wenn wir uns den Eigenthümer abwesend denken. Er ist nicht in der Lage, seine Sache gebrauchen zu können. Enthält dann die Besitznahme eine Behinderung des fremden Genusses? Auch das könnte noch zu-

---

[39]) So vornehmlich LENEL, a. a. O. S. 14, welcher das Eigenthum definirt »als das Recht, dessen Inhaber gegen Jedermann - - - - den Anspruch auf Unterlassung jeder Störung seiner Verfügung über die Sache und die entsprechende Zwangsbefugniss hat«. Ebenso SCHLOSSMANN, der Vertrag (1876) S. 251: »Weil ich das Eigenthumsrecht habe, bin ich berechtigt, meine Sache zu besitzen, sie zu gebrauchen, zu veräussern u. s. w., und darum in der Vornahme aller dieser Handlungen vom Staate gegen jeden Störer geschützt.« SCHLOSSMANN polemisirt nur gegen das »Weil« d. h. gegen die Bezeichnung des Eigenthumsrechts als Quelle der gedachten Befugnisse — gegen die letzteren selbst und deren Schutz gegen Störungen nicht; vgl. S. 249. 250. 255. 265. 267.

[40]) Beispiele solcher thatsächlichen Behinderung durch eigene Genusshandlungen geben: l. 29 § 1 ad leg. Aq. 9, 2; l. 13 § 1; l. 20 pr. de serv. pr. r. 8, 3; l. 4 § 5; l. 9 pr. l. 10 § 1; l. 14 § 1; l. 17 § 1 si servitus 8, 5; l. 14 de op. n. n. 39, 1; l. 1 § 4 de rem. 43, 25; l. 2 de arb. caed. 43, 27; l. 6 § 2 arb. furt. c. 47, 7. Die Stellen reden zum Theil von der thatsächlichen Behinderung des Servitutberechtigten, sind aber um desswillen nicht weniger beweisend.

gegeben werden, falls man in der Fortdauer des Besitzes den Genuss und in der Entfremdung der Sache eine Störung desselben finden will. Wie aber, wenn die vom Eigenthümer seit langer Zeit verlorene Sache von einem Dritten gefunden und unterschlagen wird? Ist auch in diesem Falle der Eigenthümer mit dem Momente der Besitznahme [41]) in seiner Verfügung gestört oder ist hier das Verbotene nicht vielmehr das eigene Behalten? Ebenso ist verboten, über ein fremdes Grundstück seinen Weg zu nehmen — und nicht bloss dann, wenn der Eigenthümer hierdurch in seinem Genusse gestört wird. Eine Behinderung des Genusses oder der Verfügung wird man da kaum annehmen können, wo der Eigenthümer abwesend war oder krank darniederlag und von dem Betreten seines Grundstücks erst nach einiger Zeit erfuhr. Sonach liegt nicht in jedem verbotenen Genusse eine Behinderung des Eigenthümers. Umgekehrt giebt es Behinderungen, welche keine Uebertretung der das Eigenthum schützenden Normen enthalten. Oder hat derjenige, der einen Anderen widerrechtlich einsperrt und damit verhindert, von seinen tausend Sachen auch nur eine zu benutzen, das Eigenthumsrecht des seiner Freiheit Beraubten hinsichtlich dieser sämmtlichen Sachen verletzt? Und welcher Anspruch steht hier dem Verletzten zu? Man wende nicht ein: die Freiheitsentziehung habe die Behinderung nur zur Folge, nicht aber zum Zwecke gehabt. Der Satz, dass nur absichtliche Verletzungen des Eigenthumsrechts verboten seien, wäre unhaltbar. Aber man nehme selbst den Fall, dass die Einsperrung an dem einen Orte gerade zu dem Zwecke erfolgt sei, damit der Eigenthümer nicht an einen anderen Ort reisen und dort sein Eigenthum

[41]) In diesem Augenblicke — nicht erst wenn der Eigenthümer davon erfährt oder vergebens die Herausgabe verlangt hat — wird die Normwidrigkeit begangen, zu deren Beseitigung die rei vindicatio dient. Eine Unterschlagung kann möglicherweise erst später erfolgen.

benutzen könne. Ohne eigene Einwirkung des Behindernden auf die Sache läge immer nur eine Uebertretung der die Person schützenden Normen[42]), nicht aber eine Verletzung der Normen zum Schutze des Eigenthums vor. Erst diejenige Behinderung des Eigenthümers enthält eine Uebertretung der das Eigenthum schützenden Normen, welche, durch Einwirkung auf die Sache oder doch Angesichts der Sache erfolgt, sodass in der Behinderung des Eigenthümers zugleich eine eigene Genussanmassung des Störenden liegt[43]). So ist das prohibere zu verstehen, dessen die Quellen als Veranlassung der negatoria actio und des interdictum uti possidetis erwähnen[44]). Es enthält nicht eine Abhaltung des Eigenthümers von der Sache, sondern eine Abhaltung der Sache vom Eigenthümer. Die Freiheit des Eigenthümers bleibt unangetastet, nur die Sache wird seinem Genusse entrückt.

---

[42]) l. 25 de act. e. v. 19, 1: »— iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur« l. 13 § 7 de iniuriis 47, 10: »— iniuriarum me posse agere ------ si quis re mea · uti me non permittat.« l. 24 eod. »Si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet, iniuriarum experiri potest.« — Wenn es in l. 3 § 2 uti poss. 43, 17 heisst: »videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione,« so geht aus den vorhergehenden Worten hervor, dass die Behinderung durch eine eigene Genussanmassung herbeigeführt wurde; vgl. auch l. 11 de vi 43, 16.

[43]) Dies zeigt sich vornehmlich in der Formulirung der negatoria actio, welche stets die Berechtigung des gegnerischen Genusses bestreitet: »ut quis intendat, ius non esse adversario utendi fruendi eundi agendi aquamve ducendi« § 2 J. de act. 4, 6.

[44]) Praktisch wird sich die Sache so gestalten, dass bei thatsächlicher Verhinderung des Genusses durch das Vorhandensein dauernder Anlagen (Anm. 40) dem Eigenthümer nur die negatoria actio, bei einzelnen Genusshandlungen Seitens des Gegners dem besitzenden Eigenthümer auch das interdictum uti possidetis zusteht. Dass das prohibere als Veranlassung des letzteren ebenfalls in einer blossen Genusshandlung bestehen kann, geht namentlich aus l. 8 § 5 i. f. si servitus 8, 5 hervor. Hiernach soll die Erzeugung ungewöhnlichen Rauchs das Interdict begründen, »si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti«. Vgl. l. 52

Es ist mithin correcter, den Schutz des Eigenthümers nicht in dem Verbote seiner Behinderung, sondern in dem Verbote fremden Genusses zu finden. Wie könnte sonst auch von einem Eigenthumsschutze da gesprochen werden, wo zur Zeit ein zum Genuss Befugter nicht vorhanden ist, wo vielmehr, wie bei der ruhenden Erbschaft, ein ganzer Sachenkreis zu Gunsten eines künftigen Eigenthümers dem Genusse Dritter durch Normen entzogen wird? Wer die Verpflichtung Dritter darein setzt, dass der Eigenthümer in seiner Verfügung über die Sache nicht gestört werden darf, muss in diesem Falle zur Zeit jede Verpflichtung leugnen; denn ein Eigenthümer ist nicht vorhanden, der behindert werden könnte. Ginge mithin das Verbot lediglich gegen die Störung des Eigenthümers, so wäre die Erbschaft dem Zugreifen Dritter schutzlos preisgegeben.

6. Der Schutz des Eigenthums, soweit er durch die Normen sowie durch die Androhung von Rechtsfolgen gegen deren Uebertreter gewährt wird, ist lediglich Staatswille. Aber auch dieser Schutz ist schon Rechtsschutz, schon um dieses Schutzes willen ist das Eigenthum Rechtsinstitut.

Mit aller Energie ist dieser Satz zu betonen. So unabweislich er scheint, so wird er doch nur zu oft missachtet. Am auffälligsten neuerdings von SCHLOSSMANN[45]) bei seinem Angriffe gegen das dingliche Recht. SCHLOSSMANN fasst sein Resultat dahin zusammen:

---

§ 1 de a. v. a. p. 41, 2; l. 3 § 2. 4 uti possidetis 43, 17; l. 11 de vi 43, 16. Andererseits kann natürlich auch eine prohibitio im technischen Sinne sowie eine operis novi nuntiatio den Eigenthümer veranlassen, negatorisch zu klagen: l. 15 de serv. pr. u. 8, 2; l. 4 § 7; l. 6 § 1. 7 si servitus 8, 5; l. 15 de op. n. n. 39, 1. Denn Einspruch und Bannlegung sichern dem Verbietenden die Aufrechterhaltung des jetzigen Zustands des Grundstücks und bewirken, dass dem Eigenthümer ein bestimmter Genuss seiner Sache bis auf Weiteres rechtlich verboten ist.

[45]) A. a. O. S. 257—267.

»wo man von dinglichen Rechten spricht, liegt nichts Anderes vor als ein Thatbestand, welcher einer bestimmten an einer Sache interessirten Person im Falle einer Collision mit Anderen den Sieg verschaffen wird, gleichviel, wer ihr als Gegner gegenüber steht; das dingliche Recht ist nur die vorgestellte gemeinschaftliche Quelle aller als möglich gedachten, auf die Sache bezüglichen Ansprüche gegen Dritte. Nicht das dingliche Recht, sondern nur diese Ansprüche - - können Realität erlangen, indem sie vor Gericht geltend gemacht und erzwungen werden können.«

Je mehr die Polemik SCHLOSSMANN's gegen die gewöhnliche Fassung des Eigenthumsbegriffs Begründetes enthält und je schwerer dieselbe vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus wird abgewehrt werden können, desto dringender ist es geboten, die eigene Schwäche dieser rein destructiven Kritik nachzuweisen. Sie beruht in dem gänzlichen Nichtbeachten der bereits vor der »Collision mit Anderen« bestehenden Norm und des hierdurch bewirkten Schutzes. Jemand ist Eigenthümer geworden besagt, dass nunmehr allen anderen dieser Rechtsordnung Unterworfenen der Genuss oder doch ein gewisser Genuss der Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers untersagt sei. Dies allgemeine Verbot ist völlig unabhängig davon, an welchen Thatbestand die concrete Rechtsordnung den Eigenthumserwerb anknüpfen will. Der Inhalt des Eigenthumsrechts wird nicht dadurch zu einem anderen, dass die eine Rechtsgemeinschaft zum Erwerb desselben im Verkehre unter Lebenden vorgängige Uebergabe der Sache erfordert, eine zweite dagegen den blossen Uebertragungswillen hierzu genügen lässt. Es ist daher nicht einzusehen, inwiefern die Allegation des französischen Rechts[46]) gegen

[46]) A. a. O. S. 264. In dem angeführten art. 1583 des code civil sind übrigens die Worte »à l'égard du vendeur« nicht zu übersehen; vgl. auch art. 1141. Die von der herrschenden Lehre in jedem ding-

die Annahme eines besonders gearteten dinglichen Rechts beweisen kann. Ebensowenig wie der Erwerb des Eigenthums kommt da, wo der Inhalt desselben bestimmt werden soll, die Art seines Verlustes in Frage. Es handelt sich nur darum, was das Eigenthumsrecht ist, so lange es besteht. Ob mithin die Rechtsordnung ein Erlöschen des Eigenthums d. h. eine Rücknahme ihres allgemeinen Verbots [47]) unter der oder jener Bedingung ausspricht, ist für die Definition dessen, was Eigenthum sei, durchaus gleichgültig [48]). Es ist um desswillen nicht möglich, etwa die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über den erleichterten Erwerb des Eigenthums und den folgeweise eintretenden Verlust des bisherigen Rechtes [49]) gegen den Begriff des dinglichen Rechtes heranzuziehen. Dagegen erleidet allerdings der Inhalt des Eigenthumsrechts eine Veränderung, allein keine solche, welche die Begriffsbestimmung desselben (als des relativ umfassendsten Schutzes gegen den Genuss einer Sache Seitens der Nichtberechtigten) aufzugeben zwänge, wo die Rechtsordnung für einzelne Lagen ihren Imperativ trotz Fortbestands des Eigenthumsrechts und mithin trotz Aufrechthaltung des allgemeinen Verbots zurück-

---

lichen Rechte erblickte »unmittelbare Beziehung der Person zur Sache« — wenn auch eine unklare Vorstellung — bezieht sich nicht auf die Voraussetzungen des Erwerbs des dinglichen Rechts (auch das römische Recht kennt zahlreiche Fälle des Eigenthumserwerbs ohne Vermittlung des Besitzes), sondern auf die Folgen des erworbenen. Der Angriff von Schlossmann ist mithin in dieser Richtung verfehlt.

[47]) Einerlei, ob damit sofort ein neues Verbot zu Gunsten eines Andern ergeht (traditio, usucapio etc.) oder nicht (derelictio, Freiwerden des wilden Thieres etc.).

[48]) Auch der Besitz ist in Consequenz der hier vertretenen Anschauung ein dingliches Recht, da zu Gunsten des Besitzers Seitens der Rechtsordnung ein Verbot dessen, was man Besitzstörung nennt, an die unbegrenzte Menge ergeht. Und doch besteht hier das dingliche Recht nur so lange fort, als der Besitz selbst andauert.

[49]) Handelsgesetzbuch Art. 306. 307.

nimmt oder beschränkt. Ein Fall der ersteren Art liegt in der Unzulässigkeit der Vindication eingebauten Materials [50]); ebenso in dem Ausschluss der Vindication eines Wechsels und andern Orderpapiers gegen den legitimirten Besitzer desselben, sofern letzterer das Papier in gutem Glauben und ohne grobe Fahrlässigkeit erworben hat [50a]). Ein Fall der zweiten Art würde da vorliegen, wo dem Eigenthümer ein Anspruch auf seine Sache nur gegen Erstattung des vom Besitzer dafür gezahlten Preises zugestanden wird [51]). Die von SCHLOSSMANN herangezogenen Verschiedenheiten des Erwerbs und des Verlustes des Eigenthums berühren das Wesen desselben nicht; die Abweichungen der einzelnen Rechtsordnungen in Bestimmung des Inhalts des Eigenthums vermögen nicht den Begriff des Eigenthums und den des dinglichen Rechts überhaupt zu erschüttern. Dieser Begriff beruht darauf, *dass ein allgemeines Verbot zu Gunsten des Berechtigten ergeht* — dass mithin das dingliche Recht ein absolutes Recht ist — und *dass sich dies Verbot gegen den so oder so gearteten Genuss einer Sache richtet.* Grund genug, um das dingliche Recht einmal von den obligatorischen, dann aber auch von den gleichfalls absolut lautenden Imperativen zum Schutze der persönlichen Güter

---

[50]) Falls hier nicht einstweiliger Eigenthumsverlust angenommen werden muss. — Aehnlich lag der Fall nach früherem römischen Rechte, wenn der rei vindicatio eine praescriptio temporis entgegenstand — ebenso nach Einführung der 30jährigen Anspruchsverjährung, doch vor c. 8 § 1 C. de praescript. xxx a. 7, 39, wenn die Vindication verjährt und die Sache nicht ersessen war. Ein derartiger Schutz des Besitzers durch blosse Verneinung der rei vindicatio ist jedoch ein äusserst precärer und das ganze Verhältniss ein ungesundes. Die spätere Entwicklung, welche dem Besitzer Eigenthum zusprach, war mithin völlig normal.

[50a]) Wechselordnung Art. 74 Handelsgesetzbuch Art. 305.

[51]) Code civil art. 2280. 2279.

abzuscheiden — um von den Familienrechten hier noch zu schweigen. Keineswegs ist dies nur »eine terminologische Frage«. Es handelt sich um die Festhaltung des begrifflichen Unterschieds absoluter und relativer Rechte, in welche erstere Kategorie das dingliche Recht als Unterart gehört. Der Klärung und Vertiefung mögen diese Begriffe immer noch ebenso fähig wie bedürftig sein. Allein es dünkt mich kein Fortschritt, wenn statt des Versuchs einer anderen Fassung die ganze Unterscheidung und damit ein Product einer Jahrtausende alten Geistesarbeit bei Seite geworfen wird. Nicht dem Juristen allein, einem Jeden, der in einem Rechtsverbande lebt, ist es nöthig, die Normen zu kennen. Es ist nicht gleichgültig für ihn, ob er sich in den Grenzen des Nichtverbotenen hält oder ob er gegen die Gesetze seines Landes verstösst. Auch darf er sich nicht damit trösten, dass schlimmsten Falles Strafe oder doch Erfüllungszwang eintreten wird. Die Rechtsordnung erstrebt zunächst freiwillige Befolgung ihrer Gebote und verlangt, dass man sich von diesen unterrichte. Aus SCHLOSSMANN's Darstellung erhellt jedoch nicht, dass solche Imperative existiren. Für ihn löst sich das ganze Recht in eine Anzahl von Ansprüchen auf. Diesen freilich sieht man es nicht an, ob sie einem absoluten oder relativen, einem dinglichen oder persönlichen Rechte entstammen. Wenn SCHLOSSMANN die Formel der Vindication dahin fasst:

> »Nach dem geltenden Rechte wird es als gerecht angesehen, dass, wenn Jemand eine Sache gekauft und im Einverständniss des Verkäufers in Besitz genommen hat, derjenige, der ihm dieselbe ohne rechtfertigenden Grund vorenthält, zur Herausgabe an ihn angehalten werde u. s. w.«

so kann man allerdings mit Hinweglassung oder Veränderung weniger Worte daraus ebenso eine Klage aus dem Kaufgeschäfte wie eine Diebesklage gestalten. Der Besitzer,

der Käufer, der Dieb werden sämmtlich zur Herausgabe angehalten. Aus diesen Formeln allein wäre nicht der mindeste Unterschied der Rechtssätze zu erkennen, deren Uebertretung die gedachten Klagen unmittelbar oder mittelbar entstehen lässt. Die Unterschiede selbst um desswillen leugnen, wäre ein Irrthum. Man müsste denn behaupten wollen, der Rechtsgemeinschaft wäre es zunächst vollkommen indifferent, ob eine Sache dem Eigenthümer vorenthalten oder entwendet werde. Nur sei es, wenn es geschehen, gerecht, den Thäter zur Herausgabe anzuhalten.

7. Der Schutz des Eigenthümers durch Normen ist bereits Rechtsschutz, das Eigenthum — sofern dies die Bezeichnung ist für diesen Schutz — eine Schöpfung des Rechts, ein Rechtsinstitut. Allein ein Recht des Eigenthümers ist das Eigenthum um desswillen noch nicht; es ist noch nicht sein Privatrecht.

Ohne Zuthun des Eigenthümers wird ihm der Schutz zu Theil. Ja, man darf sogar sagen: selbst gegen seinen Willen. Niemand vermag durch eine allgemeine Erklärung, er verschmähe den staatlichen Schutz betreffs dessen, was sein sei, sich dieses Schutzes zu begeben. So lange er die Sachen geniessen will, welche nach der Bestimmung der Rechtsordnung in seinem Eigenthum stehen, wird ihm auch der Schutz der Normen zu Theil. Wer das Institut des Eigenthums als einen Raub an der Gesammtheit betrachtet und nicht bloss theoretisch diesen Satz vertritt, sondern auch die Consequenzen desselben gegen sich gelten zu lassen Willens ist, steht nach wie vor betreffs seines Gutes in dem nämlichen staatlichen Schutze. Was der Einzelne vermag, ist nur: im speciellen Falle dem Genusse seiner Sache Seitens eines Dritten durch seine Zustimmung den Charakter der Normwidrigkeit nehmen [52]). Es folgt dies aus dem In-

[52]) l. 46 § 8 de furtis 47, 2 Ulpian: »Per contrarium quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti

halte des staatlichen Verbots. Dasselbe lautet nicht unbeschränkt: »Niemand darf eine fremde Sache geniessen.« Es setzt hinzu: »ohne Einwilligung des Eigenthümers.« Um dieses Zusatzes willen kann man zwar kurzweg sagen: der Schutz wird dem Eigenthümer nicht wider seinen Willen zu Theil[53]). Allein genau ist dies nicht. Denn immerhin lautet die Formel nicht dahin: »Der Genuss ist verboten, falls der Eigenthümer dem Verbote nicht widerspricht.« Sie lautet vielmehr: »Der Genuss ohne Einwilligung des Eigenthümers ist verboten.« Das Verbot selbst ist mithin unbedingt gegeben; nur ein Zuwiderhandeln wird durch die Einwilligung des Eigenthümers unmöglich.

Indessen, es genügt, wenn nur eingeräumt wird, dass der Normenschutz auch ohne den Willen des Eigenthümers erfolgt. Dies aber sollte nicht verkannt werden. Ich nehme daher an, dass in der Formulirung des Eigenthumsbegriffs bei Windscheid: »ein Anderer darf gegen seinen« (des Eigenthümers) »Willen nicht verfügen« das Wort »gegen« den zutreffenderen Ausdruck »ohne« vertreten soll. Andernfalls wäre keine Verfügung normwidrig, von welcher der Eigenthümer nichts erführe; dann wäre nur der Raub verboten, nicht der heimliche Diebstahl; der Schlafende wäre unbeschützt und ebenso jener, welcher ohne eine Ahnung davon zu haben, eine Sache zu Eigenthum erworben hat. Es wäre eine Fiction, in solchen Fällen mit der Annahme eines im voraus gefassten und fortwirkenden Willens helfen zu wollen. Nicht jeglicher Mensch hat den Willen, keinerlei Benutzung irgend einer seiner Sachen von irgend Jemand weder jetzt noch später dulden

actio sit. et ait Pomponius furtum me facere: verum tamen est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus.« Gai. III § 198. § 8 J. de obl. quae ex del. 4, 1. c. 20 C. de furtis 6, 2. l. 63 i. f. de don. i. v. et ux. 24, 1; l. 43 § 10 de furtis 47, 2.

[53]) So habe ich mich selbst oben dieser Ausdrucksweise bedient.

zu wollen — und wenn er ihn hegt, wo ist dieser Wille erklärt? Eine zweite und schlimmere Fiction wäre es, nach dem Vorschlage LENEL's [54]) von einem stillschweigenden Verlangen zu sprechen, gegen welches der Thäter verstosse. Selbst diese Nothbehelfe würden aber betreffs derjenigen Eigenthümer versagen, welchen die Rechtsordnung jede Fähigkeit zum Wollen abspricht [55]); von den juristischen Personen ganz zu schweigen.

Einen Rechtsschutz, der einer Person gegen oder doch ohne ihren Willen zu Theil wird, kann man nicht als ihr Recht bezeichnen. Sonst müsste man auch von einem Rechte des Wildes, zur Schonzeit nicht gejagt, oder doch von einem Rechte der Thiere, nicht gequält zu werden, reden. Letztere Bestimmung wenigstens ist thierfreundlicher Gesinnung entsprungen und mittelbar im Interesse der Thiere erlassen. Deren Schutz, aber nicht deren Recht — wie bei den Tauben von San Marco [56]). Sonst käme man schrittweise zu Gebilden, wie BEKKER [57]) sie für die Zukunft in Aussicht nimmt. Auch wenn der Schutz nicht gegen, doch ohne den Willen des Geschützten erfolgt, ist letzterer völlig passiv. Er vermag wohl durch Einwilligung die That der sonst ihr anhaftenden Normwidrigkeit zu entkleiden. Allein der Beginn und Fortbestand der Norm, der Inhalt des schützenden Verbots, die Androhung von Rechtsfolgen

---

[54]) A. a. O. S. 5: »Dies Gebot geht dahin, dass der Verpflichtete auf (ausdrückliches oder stillschweigendes) Verlangen des Berechtigten eine gewisse Handlung vornehme oder unterlasse - - -. Von Seiten des Verpflichteten angesehen - - heisst das Gebot dessen Rechtspflicht, von Seiten des Berechtigten angesehen - - dessen Anspruch - - -. Das Gesagte gilt selbstverständlich nicht bloss für die obligatorische, sondern ebenso für die sachen- und familienrechtliche Befugniss. Der Eigenthümer z. B. hat als solcher gegen Jedermann den Anspruch auf Unterlassung jeden Eingriffs in seine Verfügung über die Sache - -.«

[55]) Vgl. Abschnitt III § 4 a. E.

[56]) BRUNS, a. a. O. S. 330.

[57]) BEKKER, Jahrbuch für Dogmatik XII S. 27.

für den Fall der Uebertretung, endlich die Wirkung dieser rechtlichen Bestimmungen sind Momente, die von der Einwilligung oder Nichteinwilligung des Geschützten unabhängig sind.

8. Zum Rechte des Geschützten wird das Eigenthum erst, soweit die Rechtsordnung aus einer Verletzung der Norm dem Geschützten einen Anspruch gewährt. Zur Geltendmachung eines Anspruchs ist der Wille seines Trägers erforderlich [58]). Der Schutz durch Erhebung und Durchführung des Anspruchs ist mithin nicht mehr lediglich Staatsschutz, sondern zugleich ein Selbstschutz des Interessenten.

Ansprüche des Eigenthümers sind aber nur diejenigen, welche auf Erzwingung der den Sachgenuss schützenden Imperative gerichtet sind. Vornehmlich die rei vindicatio als der Anspruch, welcher die Erfüllung des staatlichen Genussverbots dem Vorenthalter der Sache gegenüber erzwingen soll. Aber auch die negatoria actio verfolgt das nämliche Ziel. Besteht die Genussanmassung fort, so ist die negatoria auf Beseitigung der Normwidrigkeit gerichtet [59]). War dagegen die Genussanmassung vorübergehender Art, doch eine solche, welche eine Wiederholung befürchten lässt, so ist die erste Anmassung für den Verletzten genügender Anlass, einen Anspruch auf Unterlassung fernerer Beeinträchtigung zu erheben. Zwischen den Genussanmassungen der Vergangenheit und den drohenden der Zukunft wird ein ideelles Band geknüpft, sodass nicht sowohl eine Erneuerung als eine Fortsetzung der Normwidrigkeit in Aussicht steht, deren Beseitigung der Anspruch bezweckt. Möglich

---

[58]) Oder der Wille einer anderen Person, welchen die Rechtsordnung auf Grund eines Vertretungsverhältnisses als Willen des Anspruchsinhabers gelten lässt.

[59]) l. 14 pr. l. 15 i. f. l. 17 § 2 si servitus 8, 5; vgl. auch die Stellen Anm. 40.

ist zwar auch eine andere Auffassung. Man könnte sagen: die erste Anmassung ist die Vorbedingung einer zweiten Norm, welche den Thäter zur Sicherheitsleistung verpflichtet; zur Erzwingung dieser secundären Verbindlichkeit dient die negatoria actio. Ueberwiegende Gründe scheinen jedoch für die erstere Formulirung zu sprechen. Die Rechtsordnung erlässt nur das eine Verbot: Du sollst nicht den Genuss einer fremden Sache Dir anmassen — und gewährt andernfalls dem Eigenthümer einen Anspruch auf Beseitigung der Normwidrigkeit. Die Sicherung gegen letztere durch richterliche Strafandrohung[60]) würde hiernach nicht Inhalt einer zweiten bedingten Verpflichtung, vielmehr nur Executionsmittel des ersten Verbotes sein. Dafür spricht zunächst der Umstand, dass die negatoria Eigenthum auf Seiten des Klägers voraussetzt. Sie schützt den gegenwärtigen Eigenthümer, nicht den durch die erste Genussanmassung Verletzten[61]). Von dem entgegengesetzten Standpunkte aus müsste ferner jeder einzelne Eingriff als neue Verletzung erscheinen und einen neuen Anspruch auf weitere Sicherung begründen — während es richtiger erscheint, nur einen einzigen Anspruch auf Unterlassung fernerer Normwidrigkeit zu statuiren. Zwar wird sich derselbe regelmässig auf jeden einzelnen Eingriff neu stützen können[62]). Wenn sich indessen die einzelnen Beeinträch-

---

[60]) Reichscivilprocessordnung § 775.

[61]) Im Einklange hiermit stand auch die Formulirung der negatoria actio im römischen Processe: »Si paret N° ius non esse invito A° per fundum eundi agendi«. — Zwingend ist jener Grund jedoch nicht. Denn auch wenn man die negatoria als Anspruch auf Erfüllung der durch die frühere Genussanmassung hervorgerufenen Pflicht zur Sicherung auffasst, ist es doch nur der gegenwärtige Eigenthümer, der gefährdet ist und daher Sicherung begehren darf. Ueberhaupt bekenne ich, dass mir die angeregte Frage als sehr disputabel erscheint.

[62]) SEUFFERT, Archiv XVIII, 11 und die hier citirten Entscheidungen.

tigungen als die natürliche Folge ein und derselben vorgängigen Handlung darstellen, ist es nur consequent, lediglich eine einzige fortgesetzte Normwidrigkeit anzunehmen und den Anspruch auf Beseitigung derselben von der ersten Genussanmassung an zu datiren[63]. So erklärt sich endlich, dass eine wirkliche Genussanmassung zur Begründung einer negatoria actio weder immer hinreicht noch immer nöthig ist. Sie genügt nicht, wenn die Umstände des Falles die Besorgniss einer Wiederholung der Normwidrigkeit ausschliessen[64]. Nicht nöthig ist sie, falls sonstige Umstände die Wahrscheinlichkeit künftiger Genussanmassung und damit eine Gefährdung des Eigenthümers erkennen lassen[65].

In seiner Reinheit geht der dingliche Anspruch, wie längst erkannt ist[66], lediglich auf Unterlassung fernerer Genussanmassung. Die rei vindicatio mithin auf ein Fahrenlassen der Sache, die negatoria auf Enthaltung von fernerem Eingriff. Sofern mittels der rei vindicatio[67] auch Entschädigung gefordert werden kann für widerrechtliches

---

[63]) Ebenda XXXI, 106 (Obertribunal Stuttgart 1875): Rauchzufuhr aus einem über 30 Jahre benutzten Kamine.

[64]) Gegen den Reisenden, der auf der Reise einmal über ein fremdes Grundstück gegangen, wird negatorisch nicht geklagt werden können.

[65]) l. 5 § 6 si ususfr. p. 7, 6. l. 15 de op. n. n. 39, 1. Aus letzterer Stelle ist freilich zu ersehen, dass wenn der Beklagte nicht processiren wollte, eine Entscheidung über das klägerische Recht nicht erfolgte, sondern nur durch Cautionsauflage geholfen ward; vgl. Bekker, Aktionen I S. 214 A. 19; S. 217. — Betreffs der verwandten Frage über Zulässigkeit des interdictum uti possidetis bei blosser Gefährdung des Besitzes vgl. Bruns, die Besitzklagen (1874) S. 48 fg. 61. 63. — Für Zulässigkeit einer negatoria actio neuerdings das Oberappellationsgericht Jena bei Seuffert, Archiv XXXI n. 205.

[66]) Bekker, Jahrbuch d. g. d. Rechts IV (1860) S. 185 fg. Ihering, Geist III (1865) S. 178 3. Aufl. S. 185 und Schuldmoment (1867) S. 24 fg. 50; Bekker, Aktionen I (1871) S. 218. — Daher auch: »in rem actionem pati non compellimur« l. 80 de r. v. 6, 1.

[67]) Betreffs der negatoria actio Windscheid, Pandekten I § 198 N. 5.

Verbringen[68]), übt der dingliche Anspruch zugleich eine weitere Function. Er dient insoweit zur Beseitigung einer zweiten, in der Uebertretung einer bedingt gegebenen Norm bestehenden Widerrechtlichkeit, ganz wie die sofort zu besprechenden weiteren Rechtsmittel.

Nicht zum Schutze des Eigenthums bestimmt sind diejenigen Ansprüche, welche nicht an die Uebertretung der das Eigenthum direct schirmenden Normen, sondern an die Uebertretung einer bedingt gegebenen anderweiten Norm geknüpft sind. Die Norm »Du sollst fremdes Eigenthum nicht beschädigen« ist allerdings zum Schutze des Eigenthümers bestimmt. Ihrer Uebertretung entspringt jedoch eine weitere Norm: »Du sollst dem Verletzten Entschädigung leisten« und zur Erzwingung dieser secundären Verpflichtung dient die actio legis Aquiliae. Die Folge ist, dass derartige Ansprüche demjenigen zustehen, welcher Eigenthümer war zur Zeit der Verletzung[69]). Sonach dienen sie nicht zum Schutze des gegenwärtigen Eigenthums. Mit mehr Recht können diejenigen Actionen, welche den Vollgenuss einer Sache gegen drohende Beeinträchtigungen zu schützen bestimmt sind, wie der Anspruch auf cautio damni infecti, die aquae pluviae arcendae actio und andere mehr[70]), den Ansprüchen aus dem Eigenthum beigezählt werden.

9. Die bisherigen Erörterungen über den Begriff des dinglichen Rechts und vornehmlich des Eigenthums werden

---

[68]) Vgl. Abschnitt I Anm. 129.

[69]) Genauer gesagt: welchem der Schutz galt zur Zeit der Verletzung. Mithin bei Beschädigung einer res hereditaria dem künftigen Erben: l. 43 ad leg. Aq. 9, 2. — Vgl. l. 27 § 2 de rei v. 6, 1. l. 5 § 4— l. 8 de servo corr° 11, 3. l. 56 de obl. et act. 44, 7. Die condictio furtiva setzte ausser Eigenthum zur Zeit des Delicts weiter voraus, dass dasselbe vom Bestohlenen nicht freiwillig aufgegeben worden war: l. 10 § 2. 3; l. 11; l. 12 pr. § 1 l. 14 pr. de cond. furt. 13, 1. l. 56 de obl. et act. 44, 7.

[70]) Brinz, Pandekten, I § 166. 172 fg. (2) S. 646 fg. 670 fg.

zur Genüge erkennen lassen, welche Auffassung die übrigen dinglichen Rechte meines Erachtens verlangen. Die Rechtsinstitute der Emphyteusis und Superficies sind bereits im Fluge berührt worden; ebenso das Recht des Besitzes und der Servituten. Für den Zweck dieser Ausführungen mag dies genügen. Es kommt hier nicht in Frage, die einzelnen Rechte von einander abzugrenzen und in ihrer Besonderheit darzustellen, als vielmehr das allen Rechten gemeinsame Element auch in ihnen nachzuweisen.

Nur des Pfandrechts ist noch mit einigen Worten zu gedenken. Freilich allein zu dem Ende, um meine Auffassung des dinglichen Rechts auch an diesem interessantesten Gebilde durchzuführen. Auf eine eingehendere Besprechung des Pfandrechtsbegriffs und eine Begründung der hier gegebenen Sätze muss ich verzichten. Eine Auseinandersetzung auch nur mit den beachtenswerthesten neueren Constructionsversuchen würde von dem Ziele dieser Aufsätze zu weit abführen.

Ein dingliches Recht ist meines Erachtens das Pfandrecht um desswillen, weil zum Schutze des Pfandgläubigers eine Anzahl von Normen dritten Personen gewisse Genussarten [71]) der verpfändeten körperlichen Sache [72]) verbietet.

---

[71]) Nicht bloss der Genuss durch Vorenthaltung. Zu Gunsten des Pfandgläubigers ist z. B. auch die Verletzung der verpfändeten Sache verboten, wie daraus hervorgeht, dass dem Pfandgläubiger die actio legis Aquiliae zusteht — l. 27 de pign. 20, 1 — l. 17. 30 § 1 ad leg. Aq. 9, 2.

[72]) Mit Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffs (1873) S. 189. 191 stimme ich darin überein, dass das Pfandrecht nur auf körperliche Sachen sich bezieht. Ein »Recht am Rechte« scheint auch mir — Exner S. 11 fg. — ein unhaltbarer Begriff zu sein. Nur darf man nicht, wie dies Exner doch thut, Recht und Befugniss identificiren. Gegen eine »Befugniss am Rechte« d. h. die Befugniss, über ein Recht (= Normenschutz nebst Rechtsfolgen) zu disponiren, lässt sich nichts einwenden; richtig insoweit wieder Windscheid, Pandekten, § 227 N. 7 a. E. I S. 732. Gleichgültig ist dabei, ob Recht und Befugniss der nämlichen

Ein Privatrecht insofern, als zur Erzwingung jedenfalls einer dieser Normen — zur Beseitigung des im Vorenthalten bestehenden Genusses — dem Pfandgläubiger ein Privatanspruch, die actio hypothecaria, erwächst. Die dem Pfandgläubiger eingeräumte Verkaufsbefugniss dagegen gehört nicht zum Inhalt des dinglichen Pfandrechts. Sie ist, wie auch die geschichtliche Entwicklung erkennen lässt, eine von dem dinglichen Rechte unabhängige Befugniss — kein Recht, sondern ein Können. Durch Mitübertragung der dem Eigenthümer zustehenden Verkaufsbefugniss auf den Pfandgläubiger [73]) gewährt die Rechtsordnung letzterem rechtliche Macht, nicht rechtlichen Schutz. Kein Imperativ deckt ihn, doch vermag er durch Ausübung seiner Verkaufsbefugniss Imperative hervorzurufen.

Freilich ist die Verkaufsbefugniss fast immer mit der Verpfändung verbunden und da sie dem Pfandgläubiger nicht bloss Sicherung sondern Befriedigung zu verschaffen vermag, ist sie ihm werthvoller als der sonst ihm zu Theil werdende Schutz. Wirthschaftlich dient letzterer nur als das Mittel, um dem Pfandgläubiger die Ausübung seiner Verkaufsbefugniss zu sichern. Ob man um desswillen die Verkaufsbefugniss in die Definition des Pfandrechts aufnehmen, mithin nur dann von Pfandrechten reden will, wo dinglicher Schutz und Verkaufsbefugniss zusammentreffen,

---

Person zustehen oder nicht. Wenn die Rechtsordnung z. B. dem Pfandgläubiger das Verkaufsrecht zuspricht, so heisst dies, sie erklärt, mit der Veräusserung Seitens des Pfandgläubigers wende sie den bisher dem Verpfänder gewährten Schutz nunmehr dem Käufer des Pfandes zu. Es steht mithin in der Hand des Pfandgläubigers, mit rechtlichem Erfolg über den Rechtsschutz des Verpfänders durch Verkauf zu verfügen. — Auch hierin wird man nicht zur Klarheit kommen, ehe man sich entschliesst, Recht und Befugniss principiell von einander zu scheiden.

[73]) Ich würde die Annahme einer Succession in die Verkaufsbefugniss ablehnen, vielmehr von einer Ermächtigung sprechen.

ist eine terminologische Frage. Jedenfalls sollte man sich des Dualismus beider »Berechtigungen« immer bewusst bleiben[74]). Denkbar sind Fälle, in denen lediglich ein dingliches Recht und keine Verkaufsbefugniss, denkbar Fälle, in denen nur letztere besteht. Eine positivrechtliche Bestimmung versagt zwar den Parteien, durch ausdrückliche Beredung ein dingliches Pfandrecht ohne Verkaufsbefugniss des Pfandgläubigers in das Leben zu rufen[75]). Dagegen möchte kaum ein Grund vorliegen, ein dingliches Recht da nicht anerkennen zu wollen, wo dem Gläubiger Sicherung verschafft werden soll durch Verpfändung von Sachen, welche eines Tauschwerthes ermangeln und mithin nicht verkauft werden können — wie in Fällen, wo Zeugnisse, Legitimationspapiere, Briefschaften und sonstige Manuscripte ohne allgemeinern Werth versetzt worden sind. Es würde m. E. willkürlich sein, in einem derartigen Falle

---

[74]) Bachofen, das röm. Pfandrecht (1847) S. 139. 273. — Nur insofern irrt meines Erachtens Bachofen, als er nur beim Pfandrecht Schutz und Befugniss unterschieden wissen will und nicht auch beim Eigenthum und den anderen Rechten; vgl. S. 97 fg. Die Unterscheidung ist überall nöthig, auch beim Pfandrecht, obschon hier Schutz und Befugniss am innigsten mit einander verbunden sind. Die Gegenausführung von Dernburg, das Pfandrecht I (1860) S. 93 ist mithin relativ begründet.

[75]) l. 4 i. f. de pign. act. 13, 7. Vgl. über »diese in mehrfacher Richtung bedenkliche Stelle« auch Exner a. a. O. S. 27. Das dingliche Recht, welches vordem dem Gläubiger durch die dadurch gewährte Möglichkeit der Vorenthaltung der Sache eine eigene (wenn auch beschränkte) Sicherung gab, ist sonach allerdings jetzt nur noch Mittel zum Zweck: das Mittel zur Verschaffung der Sache behufs deren Verkaufs. Wo das Mittel gewollt ist, soll auch der Zweck als gewollt gelten. Eine Sicherung durch blosse Einräumung dinglichen Rechts, welche es früherhin neben der mit Verkaufsbefugniss verbundenen gab, ist hiernach unzulässig. Wohl aber kann auch heute noch die blosse Detention und ebenso auch der juristische Besitz einer Sache ohne Einräumung der Verkaufsbefugniss dem Gläubiger zur Sicherung übertragen werden.

der Pfandberedung jede Rechtswirkung abzusprechen oder, falls sie unter Hingabe der verpfändeten Gegenstände erfolgte, die Wirkung derselben dem ausgesprochenen Willen der Parteien zuwider auf ein Detinirendürfen des Gläubigers zu beschränken[76]) — oder auch allenfalls den Uebergang des Besitzschutzes einzuräumen, den weitergehenden Schutz des dinglichen Pfandrechts aber dem Gläubiger zu versagen. Als Grund könnte nur angeführt werden, dass die verpfändeten Objecte offenbar unverkäuflich seien[77]). Hieraus folgt aber nur, dass dem Gläubiger der Natur der Sache nach die Hoffnung auf eine Befriedigung aus dem Erlöse des Pfandes entzogen ist, nicht aber auch, dass er der nach Beschaffenheit des Objects möglichen Sicherung entbehren soll[78]).

Umgekehrt kann Verkaufsbefugniss ohne ein dingliches Pfandrecht vorhanden sein. Letzteres entsteht nicht, falls der Schuldner wissentlich eine fremde Sache verpfändet hat[79]) — unbedingt auch nach Handelsrecht dann, wenn sich der Pfandnehmer ebenfalls in bösem Glauben befand[80]).

---

[76]) Exner, a. a. O. S. 28.

[77]) Man beachte auch die Verlegenheiten, die sonst für den Fall entstehen würden, dass sich die Werthsqualität des Objects verändert: das anfangs für den Verkehr Werthlose erhält einen Tauschwerth, das früher Verkäufliche wird unverkäuflich.

[78]) Der Fall liegt kaum anders, wie bei der Verpfändung von Geld: l. 34 § 2 de pign. 20, 1. l. 7 § 1 qui potiores 20, 4. Auch hier ist ein Verkauf des verpfändeten Objects »der Natur der Sache nach« ausgeschlossen. Windscheid, Pandekten, § 226a N. 2. Weitere Analogieen bieten die Fälle des römischen pignus ohne Verkaufsrecht. Nach der Ansicht, welche dem nachstehenden Pfandgläubiger die Verkaufsbefugniss abspricht — Dernburg, das Pfandrecht, II (1864) S. 482 fg. — würde hier gleichfalls Schutz in Form eines dinglichen Rechts ohne vorerstige Verkaufsmacht vorliegen.

[79]) l. 2 de pigneraticia actione 13, 7.

[80]) Art. 306. 307 des Handelsgesetzbuchs. Die Redlichkeit des Pfandnehmers kann nach Handelsrecht auch bei Unredlichkeit des Verpfänders zu einem vollgültigen Pfandrechte führen, während das römische

Freilich kann solchenfalls nach römischem Rechte auch von einer Veräusserungsbefugniss des Gläubigers nicht die Rede sein. Er könnte nur das Recht des Verpfänders an der Sache auf den Käufer übertragen und ein solches steht dem Verpfänder eben nicht zu [81]). Für das heutige Recht liegt aber die Sache anders. Jetzt steht auch dem unredlichen Pfandnehmer zuweilen die Macht zu, durch Veräusserung und Uebergabe des Pfandes Eigenthum für den redlichen Erwerber zu begründen [82]). Der unredliche Pfandnehmer hat mithin niemals ein dingliches Recht; die Verkaufsbefugniss dagegen ist ihm nicht immer entzogen.

10. Das Zusammenleben der Familie ist ein ferneres Gut, welches gegen Verletzungen zu schützen eine Reihe von Normen bestimmt ist. In der Art dieses Schutzes hat sich jedoch allmählich eine bemerkenswerthe Umwandlung vollzogen. Altrömische Auffassung theilte die Familie dem Hausvater ebenso zu, wie dem Eigenthümer die Sache. Wie dieser wurde der Hausvater nach aussen, gegen Beeinträchtigungen Dritter, durch Verbote geschützt und den Verboten durch Gewährung von Rechtsmitteln Nachdruck verliehen. Das Hauskind durfte dem Hausvater nicht vorenthalten werden; Entwendung, Verführung, Verletzung desselben waren in gleicher Weise verboten. Zur Beseitig-

---

Recht bei redlichem Erwerb des Verpfänders dem Pfandnehmer eine dem publicianischen Rechte seines Auctors entsprechende Rechtsstellung verlieh, ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des Pfandnehmers — l. 18. 21 § 1 de pign. 20, 1. Beiderseitige Unredlichkeit des Verpfänders und des Pfandnehmers wird daher im Texte unterstellt.

[81]) l. 12 § 1 de distr. pign. 20, 5.

[82]) Nach den citirten Artikeln des Handelsgesetzbuchs soll die Veräusserung und Uebergabe einer beweglichen Sache (sei es unter gewissen weiteren Voraussetzungen sei es unbedingt) dem redlichen Erwerber das Eigenthum verschaffen. Es ist kein Grund abzusehen, wesshalb der Satz nicht Anwendung finden sollte, wenn der Verkauf Seitens eines Pfandnehmers erfolgte.

ung erstgedachter Normwidrigkeit standen Vindication[83]) und Interdict[84]), zur Bestrafung der andern bezüglich zur Ausgleichung der dadurch verursachten Vermögensentschädigung die actiones furti[85]), de servo corrupto utilis[86]), legis Aquiliae[87]), de pauperie[88]) und andere zu. Gegen die gewaltunterworfenen Personen selbst versagte dieser Schutz. Die Imperative der Rechtsordnung mochten auch den Hauskindern gelten. Allein Rechtsmittel zur Erzwingung des gebotenen Verhaltens hatte der Hausvater nicht. Jede actio war principiell ausgeschlossen[89]). Der Hausvater blieb den Seinen gegenüber, wie der Eigenthümer gegenüber dem Seinigen, auf sein natürliches Können beschränkt[90]). Rechtlich verboten war ihm freilich wenig, ursprünglich vielleicht nichts. Aber die Hülfe des Staats wurde ihm nicht zu Theil[91]). Selbstverständlich standen auch dem Gewaltunterworfenen gegen den Hausvater keine Ansprüche zu. Erst in der Kaiserzeit wird allmählich dringenden Nothständen abgeholfen. Und auch dann nur ausnahmsweise

[83]) l. 1 § 2 de rei vind. 6, 1 dazu BEKKER, Aktionen, I S. 204 Anm. 4.

[84]) l. 1 pr. de liberis exhibendis item ducendis 43, 30.

[85]) Gai. III, 199 — l. 14 § 13 vgl. mit l. 38 pr. § 1 de furtis 47, 2.

[86]) l. 14 § 1 vgl. mit l. 9 § 3 l. 11 § 9 de servo corrupto 11, 3.

[87]) l. 5 § 3 l. 6. 7 pr ad leg. Aq. 9, 2.

[88]) l. 3 si quadrupes 9, 1.

[89]) l. 4 de iudiciis 5, 1 »Lis nulla nobis esse potest cum eo quem in potestate habemus —« l. 3 § 3 de lib. exh. 43, 30: »Hoc autem interdictum competit non adversus ipsum filium«. l. 5 eod.

[90]) l. 6 § 3 de SC° Silaniano 29, 5: »ipse enim in familiam suam potest animadvertere«. c. 6 § 2 C de bonis quae lib. 6, 61 »— si hoc fecerint patria potestas in eos exercenda est —«.

[91]) c. 3 C. de patria potestate 8, 48 »castigare iure patriae potestatis non prohiberis«. Doch konnte der Hausvater das Kind zur Bestrafung der Staatsbehörde übergeben: l. 9 § 3 de off° proc. 1, 16 c. 3 C. cit. Auch waren die Hauskinder so wenig wie die Sclaven der Strafjustiz des Staats entzogen: c. un. C. de emendat. prop. 9, 15.

und meist extra ordinem mittels obrigkeitlichen Eingreifens von Amtswegen aus Anlass des concreten Falles [92]).

Unsere Rechtsanschauung hat sich hierin geändert. Wie bereits auf dem Boden des classischen römischen Rechts die Obligation aus einem Rechte des Gläubigers an der Person des Schuldners zu einem Rechte gegen den Schuldner hinüberlenkte [93]), so hat sich für uns das Recht des Hausvaters an der Person des Gewaltunterworfenen zu einem Rechte gegen denselben gestaltet. Dritten Personen bleibt nach wie vor die Beeinträchtigung des Familienlebens verboten, wenn auch die Rechtsmittel in Folge der Umwandlung der rechtlichen Gestaltung des Verhältnisses entsprechend sich ändern mussten [94]). Zu diesen Ansprüchen treten aber solche des Hausvaters gegen die Seinen. Der Gewalthaber bleibt nicht auf seine natürliche Kraft und Autorität beschränkt. Die Rechtsordnung selbst übernimmt hin und wieder seinen Schutz durch Erlass von Verboten und Geboten an die Gewaltuntergebenen und durch Gewährung entsprechender Rechtshülfe. In gleicher Weise werden den einzelnen Familiengliedern Ansprüche gegen den Gewalthaber zuerkannt, sowie den Familiengliedern unter einander: der Mutter gegen die Kinder, den Kindern gegen die Mutter.

Damit treten die Familienrechte aus ihrer seitherigen juristischen Verwandtschaft heraus. Entsprang im alten Rom die Gewalt des Hausvaters über die Seinen dem einen Stamme — der Gewalt über das Haus — und war die Verwandtschaft der einzelnen aus diesem Stamme getriebenen Zweige unter einander unverkennbar: so ist heut zu Tage

---

[92]) l. 5 pr. sq. de agnosc. et al. lib. 25, 3. c. 5 C. de patria pot. 8, 48 (Alimentation) l. 19 de ritu nupt. 23, 2 (Dotation) l. 92 de cond. 35,1 l. 16 § 3 de cur. fur. 27, 10 (Emancipation).

[93]) G. Hartmann, die Obligation (1875) S. 31.

[94]) Eine Vindication des Hauskinds kann es nunmehr nicht geben.

schwer zu bestimmen, was die Familienrechte umgekehrt von den Obligationen unterscheidet. Keineswegs ist es »das Geldwerthe«, welches jede obligatorische Leistung in sich bergen soll; mit Recht wird ein solches Erforderniss auch für die Obligation von WINDSCHEID[95]) geleugnet. Noch auch ist es das »Bestimmte und Begränzte« [96]) der obligatorischen Leistung. Ich wüsste nicht, in wiefern die Verpflichtung zur Alimentation kraft Verwandtschaft weniger bestimmt oder begrenzt sein sollte als die durch ein allgemeines Alimentationsversprechen begründete [97]). Das Charakteristische ist vielmehr in etwas anderem zu suchen. Während die Obligation lediglich in einer Verpflichtung des Schuldners besteht[98]), ist das Familienrecht, was stets übersehen wird, soweit es den Schutz des Familienlebens nach aussen übernimmt, gleichwie das Recht der Person und das dingliche Recht absoluter Natur. Die Verletzung des geschützten Gutes ist einem Jeden verboten, ganz wie die Verletzung der Person und des Sachgenusses. Das Verbot des Ehebruchs lautet allgemein; ebenso das der Bigamie, der Unterdrückung des Personenstandes, des Kindesraubs, der Entführung einer Minderjährigen. Entspringen auch der Uebertretung dieser Verbote meist öffentliche Strafen, so haben wir doch auch

---

[95]) Pandekten § 251 N. 3.

[96]) KELLER, Pandekten, § 219.

[97]) Zum Ueberflusse nehme man an, dass hinsichtlich der Bemessung der vertragsmässig versprochenen Alimentation ausdrücklich bestimmt worden sei, sie solle in solchem Masse geschehen, als wenn der Schuldner der Vater des Promissars wäre. Dann ist entweder die verwandtschaftliche Alimentation unbestimmt und folgeweise die vertragsmässige auch — oder (was richtiger ist) beide sind »bestimmt und begrenzt«. Oder man nehme das Gebot »Du sollst nicht ehebrechen« und den Anspruch auf Ehescheidung bei Uebertretung desselben — was ist hier unbestimmt oder unbegrenzt?

[98]) Vgl. unten bei Anm. 132 fg.

heute noch gegen die Vorenthaltung von Frau[98a]) und Kind[99]) privatrechtliche Ansprüche. Der Rechtsschutz des Familienlebens erfordert mithin besondere Hervorhebung. An ihn schliessen sich dann die wechselseitigen Verpflichtungen der Familienglieder an, von denen einzelne von obligatorischen Verpflichtungen sich nicht unterscheiden würden. Ihre Zusammenfassung ist aber ein praktisches Bedürfniss um desswillen, weil sie sich sämmtlich auf Lebensverhältnisse beziehen, welche nach Zweck und Bedeutung an ihre Träger weitaus mehr Anforderungen stellen, als solche durch das Recht des Staates Schutz gefunden haben[99a]). Die untergeordnete, nur accessorische Stellung der rechtlichen Verpflichtungen gegenüber der reicheren Gestaltung des Verhältnisses im Leben rechtfertigt es, schon in die Benennung jener Verpflichtungen die Hindeutung auf das Lebensverhältniss aufzunehmen, dessen Stützen auch sie mit sind[100]).

Analog muss früher Bemerktes auch hier gelten. Zum Privatrecht wird der Schutz des Familienlebens erst, sofern und soweit Privatansprüche zur directen Erzwingung der Normen zustehen. Ausser den früher erwähnten[101]) gehören z. B. hierher: der Anspruch der Verlobten auf Eheschliessung, soweit ein solcher rechtliche Anerkennung

---

98a) l. 2 de lib. exhib. 43, 30. c. 11 C. de nuptiis 5,4.

99) l. 1 pr. eod. (Vater) c. 2. 3 C. de lib. exhib. 8, 8 (Mutter).

99a) Es soll hiermit nicht der sehr beachtenswerthen Ausführung von Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe (1877) S. 89 fg. entgegengetreten werden, wonach doch auch das Lebensverhältniss der Familie erst dadurch zu einem solchen wird, dass die darin Stehenden gewisse Normen als massgebend für ihr gegenseitiges Verhalten anerkennen. Meinerseits rede ich jedoch nur von den staatlich aufgestellten bez. anerkannten Normen.

100) Vgl. Bürkel, a. a. O. S. 205—210.

101) Anm. 98a. 99.

findet[102]); der Anspruch des Hausvaters gegen Frau und Kind auf Theilen seines Domicils[102a]); der wechselseitige Alimentationsanspruch; der Anspruch des grossjährigen Kindes gegen Vater und Mutter auf Ertheilung der Einwilligung zur Eheschliessung[103]). Nicht aber Ansprüche, welche zur Realisation von Verpflichtungen dienen, welche erst der Verletzung des Familienlebens entspringen, wie der Anspruch auf Ehescheidung oder der auf Emancipation wegen Missbrauchs der väterlichen Gewalt[104]). Noch endlich solche, welche Ausgleichung der durch die Normübertretung zugleich verursachten Vermögensschädigung bezwecken, wie die obenerwähnten actiones legis Aquiliae und de servo corrupto.

11. Zwischen den Verpflichtungen der Familienglieder unter einander und den obligatorischen Verpflichtungen besteht ein innerer Unterschied nicht. Dies wird sich erproben, wenn wir nunmehr versuchen, das Wesen der Obligation zu bestimmen.

In seiner lichtvollen Untersuchung über Zweck und Bau der Obligation ist HARTMANN[105]) zu dem Ergebniss gelangt:

---

[102]) c. 10 X de spons. 4. 1 — SEUFFERT, Archiv XXVII, 37 und die daselbst citirten Erkenntnisse. § 779 Abs. 2 der Reichscivilprocessordnung.

[102a]) SEUFFERT, Archiv XXXII, 146 (Klage des Ehemannes gegen die Frau auf eheliche Folge).

[103]) § 32 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875.

[104]) l. 5 si a parente 37, 12. Die c. 6 C. de spectaculis 11, 40 enthält einen Fall der Verwirkung der väterlichen Gewalt, giebt mithin nicht erst einen Anspruch auf Entlassung aus derselben. Wenn NEUNER a. a. O. S. 39 behauptet, dass »in solchen Fällen nicht bereits bisher vorhandenes bürgerliches Recht geschützt, sondern bürgerliches Recht erst geschaffen wird«, so ist dies für das heutige Recht entschieden zu verwerfen — vgl. auch BÜRKEL a. a. O. S. 204 fg.

[105]) G. HARTMANN, die Obligation. S. 31. 44. 139 vgl. auch S. 28. 37. 117.

»Als unmittelbare Begriffsmomente der obligatio - - - - erscheinen - folgende beide. Einmal als juristisches Mittel eine irgendwie unter rechtlicher Sanction und Garantie stehende Macht gegenüber einer fremden Person und Vermögenssphäre als solcher, beziehentlich die entsprechende Gebundenheit. Sodann als Grundlage ein bestimmt begrenztes privates - - Interesse des Gläubigers, in dessen Befriedigung und Stillung jene Gebundenheit - - - - Zweck und Ziel findet.«

»Diesem ihrem Begriff nach will und erstrebt die obligatio, mag auch der zeitliche Zwischenraum noch so kurz gedacht werden, immer etwas in der Zukunft Liegendes.«

»Eigenthum, Servituten u. s. w. können - - nach ihrem Begriff als dingliche Rechte nicht erfüllt werden, weil sie nicht blosse Spannung sind auf einen bestimmten juristischen Endzweck. - - - - Während hingegen eine jede Obligation juristisch nur in der rechtlich sanctionirten Spannung auf solutio besteht; während ein jedes Forderungsrecht irgend einmal, wenn auch vielleicht in noch so ferner Zukunft, auf Lösung durch Befriedigung hinzielt.«

So bedeutsam die Kritik ist, welche Hartmann den bisherigen Begriffsbestimmungen der Obligation zu Theil werden lässt, so wenig haltbar erscheint seine eigene Grundidee. Es ist nicht richtig, wenigstens in dem von Hartmann gemeinten Sinne nicht richtig[106]), dass jede Obligation — im Gegensatz namentlich zum dinglichen Recht — in einer »Spannung« besteht, welche Befriedigung anstrebt und sich in der Erfüllung »entladet.« Gegen diese Auffassung, welche durch das ganze Werk consequent durchgeführt wird, habe ich mich zunächst zu wenden.

[106]) In welchem Sinne man in jeder Obligation, aber freilich überhaupt in jedem Rechte, eine Spannung sehen darf, darüber vgl. Anm. 114.

Der Begriff der Spannung ist, wie bekannt, bereits früher verwerthet worden, um eine Gruppe von Rechten in ihrer Individualität von anderen Rechten zu scheiden. Mit aller Energie hat namentlich Sohm[107]) einen vermeintlichen Gegensatz betont, der sich innerhalb der Vermögensrechte erkennen lasse. Rechte an einem Objecte und Rechte auf ein Object ständen einander gegenüber. »Dort unmittelbare Machterweiterung - - -; hier gar keine Macht, nur ein Anspruch - - -. Dort das Recht in normalem Zustande in Ruhe, das Subject befriedigt, die actio nur eine der vielen, zunächst zurücktretende Wirkung des Rechts; hier von vorne herein Conflict, Spannung, der Wille des Subjects nicht befriedigt, sondern nach Befriedigung strebend, die actio Inhalt und zunächst einzige Wirkung des Rechts.« Die erste Gruppe werde durch die dinglichen Rechte, die zweite durch die Forderungsrechte gebildet. Dazwischen stehe das Pfandrecht: wie das Forderungsrecht ein Recht auf einen Vermögenswerth, zugleich aber ein Recht an einem Objecte — bestehend »zugleich in der Spannung auf jenen und in der Macht über dieses«.

Dass dem Pfandrechte eine derartige Spannung nicht innewohne, wird nunmehr von Hartmann[108]) eingeräumt. Der Anlass zu deren irrthümlicher Annahme war wohl die Wahrnehmung, dass dem Pfandgläubiger durch den dinglichen Schutz nach aussen noch wenig genützt ist, dass vielmehr sein Recht erst vollen Werth durch die mit demselben verknüpfte Befugniss gewinnt, behufs seiner Befriedigung über das Recht des Verpfänders an der Sache durch deren Verkauf zu disponiren. Der höhere Werth der Verkaufsbefugniss gegenüber dem dinglichen

[107]) Sohm, die Lehre vom subpignus (1864) S. 9—13.

[108]) A. a. O. S. 139. — Auch Exner a. a. O. S. 48. 50 fg. wendet sich gegen Sohm und dessen Eintheilungsprincip, ohne aber den Begriff der Spannung zu verwerfen.

Schutz ist aber ein ökonomisches, kein juristisches Moment — ein Moment, welches sich zudem auch bei anderen dinglichen Rechten, vornehmlich beim Eigenthum, einstellen kann. Was hat der Fabrikant für unmittelbaren Nutzen von seinen Fabrikaten und von deren dinglichem Schutz? Dürfte er nicht verkaufen, wäre ihm wenig gedient. Erst die Möglichkeit, sein Fabrikat zu verwerthen in Folge der rechtlichen Anerkennung der Veräusserung — mithin seine Verkaufsbefugniss — giebt seinem Gute und dessen Rechtsschutz Werth. Man denke, ein Fabrikant habe Dynamit in grossen Posten auf Lager und die Rechtsordnung untersage es, explosive Stoffe in Verkehr zu bringen: was hätte der Eigenthümer von seinem Gute und dessen rechtlichem Schutz? Hier wenigstens wäre gewiss nicht »das Subject befriedigt«. Die nämliche ökonomische Spannung zeigt sich auch bei dem Eigenthum an Consumptibilien. Wie in dem vorigen Falle die Befugniss der Rechtsübertragung, so ist es hier die gemeine Handlung des Verbrauchs, deren Möglichkeit dem Gute und dessen Schutz erst vollen Werth giebt. Niemand denkt aber daran, dies ökonomische Moment der Spannung in den Begriff des Eigenthumsrechts aufzunehmen.

Der Begriff der Spannung ist aber auch für die Construction der Obligation unbrauchbar. »Das Pfandrecht«, sagt Hartmann unter Berufung auf Exner, »erfüllt seinen Zweck, dem Gläubiger Sicherheit und das Bewusstsein dieser Sicherheit zu geben, in sich selbst durch sein blosses Bestehen. Die in ihm, als rechtliche Möglichkeit enthaltene, schliessliche Verwerthung des Pfandobjects zur Satisfaction des Gläubigers ist der äusserste unerwünschte Nothfall, der nicht als solcher durch das Pfandrecht erstrebt wird, »ohne den die allermeisten Pfandrechte im Leben ihren Zweck völlig erreichen««. Vollkommen richtig. Aber ist dies mit der Bürgschaft auch nur im Mindesten anders? Wenn ein

Vorschussverein nach seinen Statuten Darlehn nur gegen Stellung zweier Bürgen gewährt, ist dann nicht auch der Zweck, dem Verleiher Sicherheit und das Bewusstsein dieser Sicherheit zu verschaffen, schon durch das Bestehen der bürgschaftlichen Haftung erreicht, die Nichtrückzahlung des Darlehns aber und die dann nöthige Inanspruchnahme der Bürgen der äusserste, unwillkommene, seltene Nothfall? Dennoch liegt hier (nicht in der Gegenwart, doch in der Zukunft) das Moment verborgen, welches zu der Annahme einer Spannung als Eigenthümlichkeit jeder Obligation verführt hat. Selbst dieser Keim einer Spannung schwindet aber in Fällen, ähnlich dem folgenden. Zwei Nachbarn vereinbaren, das Haus des Einen solle und dürfe nicht höher gebaut werden. Je nach Absicht der Parteien und weiterhin je nach der Ansicht über die Begründung von Servituten wird man zweifelhaft sein können, ob damit eine Servitut bestellt oder nur eine obligatorische Verpflichtung übernommen worden sei. Gewiss ist es, auch für das Verhältniss der beiden Nachbarn unter einander[109]), nicht gleichgültig, ob man zu der einen oder zu der andern Annahme gelangt. Unmöglich aber ist es, einen Unterschied dahin zu formuliren, dass bei Annahme eines dinglichen Rechts schon jetzt ein Zustand des Befriedigtseins vorliege, bei Annahme einer persönlichen Verpflichtung eine Spannung auf die Zukunft. Der Inhalt der Verpflichtung ist ja in beiden Fällen vollkommen derselbe: der Eigenthümer darf nicht bauen. Dass bei Vorhandensein eines dinglichen Rechts das nämliche Verbot zugleich die unbegrenzte Menge trifft, ist für den Inhalt desselben dem Einzelnen gegenüber gleichgültig. Und wenn der Eigenthümer das Verbot befolgt, so geniesst der Nachbar in dem einen wie in dem andern Falle in gleicher Weise die Aussicht. Die Servitut wird nicht erfüllt, wohl aber

[109]) Das dingliche Recht wird z. B. durch Freiheitsersitzung untergehn, die persönliche Verpflichtung nicht. Dies gegen Schlossmann.

das die Servitut begründende Verbot — wenn man anders bei einem Nichthandeln (mag man kraft eines dinglichen oder kraft eines persönlichen Rechts zu einem Unthätigbleiben verpflichtet sein) noch von Erfüllung reden darf. Wird aber das Verbot verletzt, so erfolgt in beiden Fällen Erfüllungszwang. Dass derselbe mittels anderer Actionen begehrt werden kann, dass in dem einen Falle die persönliche Klage, in dem andern operis novi nuntiatio und confessoria actio zusteht, trifft unsere Frage nicht. Mich dünkt, es ist eine reine Fiction, auf Grund der verschiedenen Auffassungen der Beredung dem Promissar in dem einen Falle nur einen Wechsel auf die Zukunft zugestehen zu wollen, im andern aber ihn sofort für befriedigt zu erklären.

12. Vielleicht glückt es eher, dem mehr und mehr sich festsetzenden Irrthume[110]) entgegen zu wirken, wenn es gelingt, auch hier die Quelle desselben nachzuweisen. Der Gegensatz zwischen Rechten mit Spannung auf die Zukunft und Rechten ohne solche ist kein imaginärer. Falsch ist nur, den Gegensatz mit Forderungsrecht und dinglichem Rechte identificiren zu wollen. Dingliche Rechte — aber sie nicht allein — gehören ausnahmslos in die zweite Kategorie; obligatorische Rechte gehören zum grössten Theil in die erste, doch auch zum Theil in die zweite. Der Gegensatz hat mithin mit dem Begriff der Obligation nichts zu thun. Er entspricht den beiden Arten der rechtschaffenden Imperative, dem Gegensatz zwischen Verbot und Gebot.

Jedes Verbot der Rechtsordnung hat den Zweck, den gegenwärtigen Zustand gegen eine unliebsame Veränderung

---

[110]) Vgl. ausser Sohm und Hartmann namentlich Neuner a. a. O. S. 69; Exner a. a. O. S. 49. 53 und in neuester Zeit wiederum Sohm, der Begriff des Forderungsrechts, in Grünhut's Zeitschrift IV (1877) S. 473: »Die Sachenrechte sind in sich ruhende, die Forderungsrechte arbeitende, an einer zukünftig zu lösenden Aufgabe arbeitende Privatrechte.« Betreffs der neuen Lehre Sohm's vgl. Abschnitt V § 5—7.

zu schützen. Ob dieser Zustand allen Wünschen der Rechtsordnung entspricht oder nicht, ist irrelevant — genug, dass die verbotene Handlung jedenfalls einen noch unwillkommeneren Zustand herbeiführen würde. Durch jedes Verbot wird mithin ein Gut geschützt — mag das Gut auch nur ein relatives sein. Umgekehrt wünscht die Rechtsordnung, wenn sie gebietet, eine Veränderung. Der Zustand nach Ausführung des Gebotes ist ihr genehmer: sie würde sonst das Gebot nicht erlassen. Im Vergleich mit dem gegenwärtigen Zustande erscheint ihr jener künftige als begehrenswerth, als ein zu erstrebendes Gut. Das Gebot dient mithin dazu, ein (relatives) Gut zu schaffen. Die Aussicht auf ein Gut kann zwar um der Sicherheit dieser Aussicht willen selbst zum Gute werden [111]): zunächst ist sie aber nur ein Interesse. Sonach bezweckt das Verbot dem Berechtigten ein Gut zu erhalten, das Gebot ihm ein solches zu verschaffen [112]). Jenes schützt ein gegenwärtiges Gut, dies einen hypothetischen Vortheil, ein Interesse [113]).

Ein jeder Imperativ will das künftige Verhalten der Normunterworfenen bestimmen und sonach auf die Zukunft wirken. Insofern kann man sagen, dass absolut jedem

---

[111]) Das Forderungsrecht ist ein Gut, das nicht allein (sofern es cessibel ist) Tauschwerth hat, sondern auch Gebrauchswerth — wie sich z. B. zeigt, wenn von einem Dritten im Hinblick auf das Forderungsrecht dem Gläubiger Credit gewährt wird.

[112]) Mag nun die geschuldete Thätigkeit selbst das Gut sein (z. B. die Ausführung eines Musikstückes) oder nur ein Gut vermitteln (z. B. dare, tradere etc.).

[113]) Für diesen Begriff des Interesses vgl. Cohnfeldt, die Lehre vom Interesse (1865) S. 57, welcher dasselbe bestimmt als »Alles, was Jemand von dem Eintritt oder Nichteintritt eines gewissen Ereignisses haben würde«. Das Interesse ist der weitere Begriff gegenüber dem des Gutes.

Rechte eine gewisse Spannung auf die Zukunft innewohnt, mag ihm ein »Du sollst« oder ein »Du darfst nicht« entsprechen[114]). Allein in noch anderem Sinne wird eine Spannung in Folge eines Gebots in das Leben gerufen. Das Verbot will den gegenwärtigen Zustand aufrecht erhalten; ihm würde schon eine allgemeine Unthätigkeit genügen. Das Gebot dagegen will den Verpflichteten zu einem Thätigwerden bestimmen; es verlangt und erwartet eine Handlung und begründet sonach eine Spannung auf diese. Dort liegt Befriedigtsein vor, so lange nicht dem Verbote entgegengehandelt wird; hier Unbefriedigtsein, bis die Handlung erfolgt[115]).

Nunmehr erhellt, warum dem Eigenthum und sämmtlichen dinglichen Rechten eine Spannung nicht innewohnt. Die den Sachgenuss schützenden Imperative sind lediglich Verbote; fremder Genuss wird zu Gunsten des Berechtigten untersagt. Ebenso verhält es sich mit dem Schutze der persönlichen Güter und des Familienlebens nach aussen. Es genügt hier, dass Niemand die Verbote übertritt. Bei den Rechten der Familienglieder unter einander zeigt sich schon eine Verschiedenheit[116]). Zum Theil besteht auch hier der Rechtsschutz in Verboten. Die Norm »Du sollst nicht ehebrechen« schützt das Gut der Ausschliesslichkeit der Geschlechtsgemeinschaft. Andere Rechtspflichten dagegen werden durch Gebote begründet. Das Recht auf Eheschliessung, auf Alimentation, auf Theilen des Domi-

---

[114]) Hierauf zielte die Bemerkung bei Anm. 106.

[115]) Damit soll nicht gesagt sein, dass es der Rechtsordnung stets auf die Handlung und auf die Handlung des Verpflichteten ankömmt. Auch die Handlung ist ihr nur Mittel zum Zweck und mit anderweiter Erreichung des letzteren kann daher auch die Rechtsordnung ihr Gebot fallen lassen. Nicht minder wahr bleibt aber doch, dass die Verpflichtung nur in diesem Soll des Schuldners besteht.

[116]) Auch Hartmann S. 42 macht auf dieselbe aufmerksam, ohne aber die Lösung zu geben.

cils u. s. w. schützt ein Interesse, nicht ein bereits vorhandenes Gut. Hier ist Spannung, dort nicht.

Auch für die Obligationen ergiebt sich die Unmöglichkeit einer einheitlichen Behandlung. In weitaus den meisten Fällen richten sie zwar ein Gebot an den Schuldner. Für diese würde sich der Begriff der Spannung als brauchbar erweisen. Aber auch hier nur, falls das Gebot ein gegenwärtiges Thun verlangt. In dem oben besprochenen Falle trifft mit der Uebernahme der Bürgschaft die Bürgen eine Verpflichtung. Das »Du sollst« der Rechtsordnung hat seine concrete Anwendung gefunden, die Haftung ist entstanden. Allein zum Inhalt hat das Gebot nicht ein gegenwärtiges Handeln. Ein solches wird vielmehr nur für gewisse Eventualitäten geboten. Daher tritt die Spannung auf Erfüllung vorerst noch ganz zurück. Vor Allem ist abzuwarten, ob jene Bedingungen eintreten werden. Der Gläubiger aber ist einstweilen mit der Gewissheit befriedigt, dass für den Fall der Nichtrückzahlung die jetzt schon vorhandene Haftung der Bürgen zu einer Schuld wird, die erfüllt werden muss.

Bei der Begriffsbestimmung der Obligation darf aber hinter der an Zahl und Bedeutung überwiegenden Masse der obligatorischen Gebote doch auch der kleine Rest negativer Obligationen nicht übersehen werden, welche unser Rechtsleben aufweist. Diese begnügen sich, dem Schuldner im Interesse des Gläubigers das oder jenes Thun zu verbieten. Bei ihnen schwindet jede Möglichkeit, im Gegensatz zu dem dinglichen Rechte eine Spannung auf die Zukunft zu finden. Damit ist aber erwiesen, dass eine Spannung dem Begriffe der Obligation fremd ist.

13. Den letztaufgestellten Schlussfolgerungen würde ihre Unterlage entzogen werden, wenn man behaupten könnte, eine jede Obligation enthalte ein Gebot an den Schuldner. Von Hartmann wird eine solche Auffassung aus-

drücklich verworfen[117]). Wohl aber finden sich für dieselbe andere und gewichtige Vertreter. Der Versuch, Forderungsrechte auf Unterlassen als Forderungsrechte auf Verzicht auf das Recht zum Thun zu construiren, hat zwar keinen Beifall gefunden[118]). Dagegen ist der Gedanke, dass die negative Obligation wie die positive auf eine Willensbestimmung gerichtet sei, nämlich auf »eine Bestimmung zur Unthätigkeit«, noch heute verbreitet. Hiernach läge in jeder Obligation ein Gebot: bald zum Thun, bald zum Unterlassen[119]).

Hiergegen ist aber Einspruch zu erheben. Die Rechtsordnung bezweckt mit ihren Imperativen die Förderung realer Interessen: Willenszucht zu üben ist nicht ihre Aufgabe. Gewiss wendet sie sich mit ihren Imperativen an den Willen der Normunterworfenen. Mit ihren Geboten, deren Erfüllung begehrend: wie sollte sie sonst auf Erfüllung rechnen können? Und doch wird auch hier der Wille des Verpflichteten nur als der nächste und willkom-

---

[117]) A. a. O. S. 117. 118. Zweifel erregen freilich die Anfangsworte der Anm. 2.

[118]) Solche Constructionen enthalten nicht nur »widernatürliche Verrenkungen einfacher Rechtsverhältnisse« — UNGER, System des österr. Privatrechts § 129 Anm. 31ᵃ a. E. — sondern bare Unmöglichkeiten. Ein Recht zum Thun, auf das man verzichten könnte, giebt es nicht. Auch würde die Consequenz verlangen, alsdann die positiven Obligationen als Forderungsrechte auf Verzicht des Rechts zum Unterlassen zu construiren.

[119]) WINDSCHEID, Pandekten, § 252 N. 1ᵃ. Bliebe hiernach ein Zweifel, so würde er durch die Worte des § 251 Z. 1 beseitigt: »- - sie (die Forderungsrechte) gebieten, dass eine Person zu Gunsten einer andern ihren Willen in gewisser Weise zu einem äusseren Verhalten bestimme, dass sie in gewisser Weise handele.« Vgl. auch § 262, wo der »rechtliche Gehalt« eines Forderungsrechts dahin bestimmt wird, »dass der Gläubiger kraft des Forderungsrechts ein an den Schuldner gerichtetes rechtliches Gebot hat, dahin gehend, dass dieser ihm eine gewisse Leistung mache«. Vgl. HASSE, Rheinisches Museum VI (1834) S. 18.

menste Hebel benutzt, um das Geforderte in Bewegung zu setzen. Hinter dem »Du sollst« steht aber sofort ein »Du musst«, wenn das erstere aus irgend einem Grunde versagt. Beweis hierfür sind die Verpflichtungen der Willensunfähigen und deren Execution. Ebenso wenden sich die Verbote an den Willen. Aber sie begehren nur, dass das Untersagte nicht gethan, nicht auch, dass das Nichtthun gewollt werde. Ob Jemand aus dem oder jenem Grunde das Verbot zu übertreten unterlässt, untersucht die Rechtsordnung nicht; ihr genügt es, dass die That unterbleibt. Wie kann sie auch verständigerweise die Forderung stellen, dass sich ein Jeder allzeit bewussterweise zur Unterlassung der hundertfachen Verbote bestimme, die fremde Personen und Sachen und alle andern Rechtsgüter schützen? Dann käme man consequenterweise auch dahin, Mord, Diebstahl, kurz sämmtliche Verbrechen als Unterlassungsdelicte zu bestimmen. Aber man will auch, wie es scheint, die allgemeinen Verbote als solche zugeben; nur bei den Obligationen soll jedes scheinbare Verbot in Wahrheit ein Unterlassungsgebot enthalten. Warum aber hier eine Ausnahme machen? Wie die Geschichte lehrt[120]), ist häufig die persönliche negative Verpflichtung nur der Ersatz für ein nicht erreichbares dingliches Recht, nur das Mindere, was erlangt werden kann gegenüber dem unmöglichen Mehr. Warum aber alsdann die Verpflichtung des Schuldners intensiv steigern und wohlgemerkt bis zum Unerträglichen steigern? Empfängt er ein Gebot, befiehlt ihm die Rechtsordnung sich zur Unterlassung zu bestimmen: so ist er dies stets und immer zu thun schuldig. Wie derjenige unrecht

---

[120]) Gai. II, 31. — l. 2 § 5. 6; l. 38 § 12; l. 49 § 1; l. 75 § 7; l. 85 § 3; l. 111; l. 131 pr. de V. O. 45, 1. — Frage der Auslegung ist es dagegen, ob lediglich ein Nichtthun oder zugleich ein Thun versprochen ist: nämlich ein Sorgetragen, dass auch Andere das Nämliche nicht thun; l. 50 pr. l. 83 pr. l. 49 § 2 eod.

handelt, der ein anderes Gebot zu erfüllen versäumt, weil er etwa geschlafen oder sonst eine Beschäftigung getrieben, welche ihm das Gebot aus dem Sinne brachte: so würde aus dem nämlichen Grunde der Schuldner ein Unrecht begehen, der auch nur zeitweise der Selbstbestimmung zum Unterlassen vergässe. Die Aufgabe der Rechtsordnung, die natürliche Logik, die Consequenz gegenüber der Construction der absoluten Rechte, die Billigkeit endlich verlangen, dass auch der Imperativ der negativen Obligation als ein Verbot der Handlung, nicht als ein Gebot der Unterlassung, aufgefasst werde.

14. Die Obligation würde meines Erachtens zu bezeichnen sein als die von der Rechtsordnung einzelnen Personen auferlegte Verpflichtung — wie jeder Rechtsschutz, zum Schutze eines Interesses bestimmt. Zum Privatrecht wird die Obligation, insofern dem Interessenten zur Erzwingung der Verpflichtung im Falle ihrer Nichterfüllung ein Privatanspruch gewährt wird.

Dass dieser Definition eine grosse Vagheit beiwohnt, ist nicht zu verkennen. Die Unbestimmbarkeit der Verpflichtung dürfte aber gerade das Charakteristische der Obligation sein. Die Obligationen bilden den grossen Restbestand privatrechtlicher Verpflichtungen, den Rest, welcher nach Abzug derer verbleibt, die in dem absoluten Schutze eines Gutes beruhen. Aehnlich wie den Obligationen ihrerseits neben den Entstehungsgründen aus Rechtsgeschäften und aus unerlaubtem Verhalten eine Anzahl von Entstehungsgründen eigen ist, welche nicht mehr systematisch zusammengefasst werden können und welchen daher die Bezeichnung ex variis causarum figuris gegeben wurde: ähnlich verhalten sich sämmtliche Obligationen gegenüber den übrigen privatrechtlichen Verpflichtungen. Das dingliche Recht dient dem Genusse der Sache durch ein Ver-

bot an die unbegrenzte Menge; ebenso das Recht der Persönlichkeit dem Genusse der persönlichen Güter sowie das Familienrecht dem des Familienlebens. Ueberall ist es hier ein bestimmtes Gut, dessen Schutz die Rechtsordnung übernimmt. Die einzelnen Verbote lagern sich als schützende Mauer um dieses eine Gut. Die übrigen Verpflichtungen aber, welche die Rechtsordnung auferlegt [121]), lassen sich nach dem Gute oder Interesse, das sie zu schützen bestimmt sind, nicht mehr gruppiren. Die Interessen sind hier zu verschiedenartig; ja noch mehr, sie sind überhaupt unbestimmbar. Denn das heutige Recht verheisst seinen Schutz unbeschränkt einer jeden Vereinbarung, deren Erfüllung dem Promissar überhaupt ein Interesse zu befriedigen vermag [122]). Damit erklärt sich einerseits, warum die Gebote, welche an die Familienglieder unter einander ergehen, herkömmlich von den Obligationen geschieden werden. Es geschieht dies [123]) und darf dies geschehen, weil sich für sie in der That in dem Interesse des Familienlebens, dem sie sämmtlich unmittelbar oder mittelbar dienen, ein gemeinschaftlicher Mittelpunkt findet. Ein ähnlicher Grund ist es, der die Specialverpflichtungen, welche die Rechtsordnung zwecks Regelung der Beerbung aufstellt, wenigstens nicht im Obligationenrecht zur Darstellung bringen lässt — obschon auch diese Verpflichtungen, wie beispielsweise die des Erben zur Entrichtung der Vermächtnisse, sich innerlich von sonstigen Obligationen nicht unterscheiden und einzelne derselben selbst bei den Römern schon den Namen obligationes führen. Andererseits erklärt sich so die Erscheinung, dass wir sofort von Obligationen

---

[121]) Vom Erbrecht einstweilen noch abgesehen.

[122]) Nämlich ein Interesse, welches die Rechtsordnung als solches anerkennt. Dies ist identisch mit dem, was man wohl auch als »wahres« oder »verständiges« oder »schutzwürdiges Interesse« bezeichnet.

[123]) Neben anderen weniger haltbaren Gründen.

reden, sobald neben dem allgemeinen Verbote, das den Inhalt des dinglichen Rechts bildet, wenn auch im engsten und steten Anschlusse daran, für irgend eine einzelne Person eine Specialverpflichtung entsteht. Wir sprechen mit Recht von einer Obligation des Eigenthümers des mit einer servitus oneris ferendi belasteten Grundstücks zur Reparatur der Mauer, von obligatorischen Verpflichtungen des Niessbrauchsberechtigten dem Eigenthümer gegenüber, von »obligatorischen Elementen [124]), welche sich dem allgemeinen Verbote der Vorenthaltung einer fremden Sache hinzugesellen, sofern deren Besitzer nicht bloss zum Fahrenlassen der Sache, sondern zu einem positiven restituere in der umfassenden Bedeutung des Worts verpflichtet erscheint. Darum muss aber auch endlich jede Einzelverpflichtung, die im Falle der Nichterfüllung mittels eines Privatanspruchs erzwungen werden kann, zu den Obligationen gerechnet werden. Ich sehe keinen Grund, die von Hartmann [125]) beanstandeten Fälle, sofern nur die ebengedachte Voraussetzung zutrifft [126]), von den Obligationen

---

[124]) Ihering, Geist, III S. 178. 3. Aufl. S. 185.

[125]) A. a. O. S. 141 fg. Ich würde heut zu Tage namentlich zu den obligatorischen Verpflichtungen die des zur Erbschaft Berufenen zählen, die Erbschaft anzutreten, da dieselbe vom Universalfideicommissar durch gewöhnliche Klage geltend gemacht werden kann; vgl. Windscheid, Pandekten, III § 664 A. 7 und für das römische Recht Paulus S. R. IV, 4 § 3. Ebenso wird der Anspruch auf cautio damni infecti (wenn nicht zu den Actionen des Eigenthümers etc., vgl. oben Anm. 70) heute zu den obligatorischen Ansprüchen zu zählen sein.

[126]) Auszuschliessen sind mithin solche Fälle, in denen überhaupt kein Erfüllungszwang, sondern Realisation durch Rechtssatz eintritt — Hartmann S. 144 A. 5. Ferner Fälle, in denen lediglich ein Zwang von Amtswegen erfolgt, wenn auch aus Veranlassung von Denuntiation oder Bitte. Von den nach römischem Rechte hierher zu ziehenden Fällen (Bekker, Aktionen, II, S. 68 A. 33) haben sich viele für uns umgestaltet. Theils haben sich gewöhnliche privatrechtliche Obligationen aus ihnen entwickelt (vgl. Anm. 125), theils ist an Stelle des obrigkeitlichen Zwangs zur Uebernahme einer Verpflichtung häufig letztere

auszuscheiden. Wenn auch die Römer mit der Bezeichnung obligatio sparsamer waren, so ist dies doch für uns kein Grund, den Namen von Obligationen privatrechtlichen Verpflichtungen und Ansprüchen zu entziehen, die sich innerlich von andern Obligationen nicht unterscheiden lassen und die dann eines jeden Gattungsnamens entbehren würden.

15. Das Zweckmoment gehört nicht in höherem Masse in den Obligationsbegriff wie in den eines jeden andern Rechtes. Jedes Gebot hat die Stillung eines Interesses, jedes Verbot den Genuss eines Guts zum Zweck oder genauer gesprochen die Möglichkeit einer Stillung, die Möglichkeit eines Genusses. Damit der Eigenthümer seine Sache, wie er nur mag, geniessen könne, ergeht das allgemeine Verbot fremden Genusses. Ob der Eigenthümer von der ihm hierdurch gesicherten Möglichkeit Gebrauch macht, ja ob nur anderweit für ihn die Möglichkeit eines Genusses vorhanden ist, das überlässt die Rechtsordnung dem natürlichen Gange der Dinge. So beabsichtigen auch die positiven Obligationen, durch die Erfüllung dem Gläubiger nur die Möglichkeit eines Genusses zu verschaffen [127]). Der Käufer soll das Gekaufte erhalten; ob er es im einzelnen Falle brauchen will und kann, ist für die Rechtsordnung gleichgültig. Auch der Blinde darf den bezahlten Zutritt zu einer Gemäldegallerie, der Taube den zum Concertsaal begehren. Nur wenn jede Möglichkeit eines schutzwürdigen Genusses hinwegfällt, wird auch

---

selbst eine gesetzliche geworden — so bei der cautio usufructuaria, bei der Collationsverbindlichkeit (dagegen Windscheid, Pandekten III § 610 N. 25. 26), nicht aber bei der cautio damni infecti (Burckhard, die cautio damni infecti S. 640).

[127]) Auf die Möglichkeit eines Genusses im Gegensatz zum wirklichen Genuss würde ich lieber abstellen, als auf den meines Erachtens nicht recht fassbaren Unterschied eines factischen und eines objectiven Interesses, wie dies von Hartmann S. 53 geschieht.

der rechtliche Schutz zurückgezogen: bei den Obligationen wie bei den dinglichen Rechten[128]).

16. Auch eine besondere Haftung des Schuldners mit seiner Person oder doch mit deren Pertinenz, dem Vermögen[129]), vermag ich nicht als etwas der Obligation Eigenthümliches anzuerkennen. Gewiss ist die Lehre, mit welchen Mitteln schliesslich die Imperative der Rechtsordnung gegen den widerstrebenden Willen des Verpflichteten durchgeführt werden können, praktisch von der allergrössten Bedeutung und auch in ihrer historischen Entwicklung hochinteressant. Für die Unterscheidung der einzelnen Rechte aber ist sie nicht zu verwerthen. Bei der Vollstreckung stehen sich nicht die einzelnen Gebote und Verbote nach den Rechten, die sie begründen, sondern lediglich nach ihrem Inhalte gegenüber. Zwischen den Verboten des dinglichen Rechts beispielsweise und denen der negativen Obligation findet, was die Execution anlangt, keinerlei principieller Unterschied statt. Die servitus itineris wird gegen Störungen Seitens des Eigenthümers des dienenden Grundstücks genau so exequirt, wie eine persönlich übernommene Verpflichtung desselben Inhalts[130]). Ebenso

[128]) Betreffs der Obligationen Hartmann S. 53 fg., dem ich im Einzelnen durchaus beistimme. An Sachen, betreffs derer thatsächlich die Möglichkeit eines Genusses fortbesteht, wird nicht leicht jede Schutzwürdigkeit des letzteren verneint und um desswillen der dingliche Rechtsschutz entzogen werden. Beispielsweise geschieht dies jedoch nach römischer Anschauung betreffs libri magicae artis und venena mala: Paulus S. R. V, 23 § 18. l. 4 § 1 fam. erc 10, 2; l. 3 pr. § 1 ad leg. Corn. de sic. 48, 8. Dagegen wird öfters, wenn thatsächlich ein Genuss der Sache gegenwärtig unmöglich und auch für die Zukunft kaum zu erwarten ist, sofort auch Verlust des dinglichen Rechtes ausgesprochen: so wenn eingefangene wilde Thiere ihre natürliche Freiheit zurückgewinnen oder wenn ein Fluss einen veränderten Lauf nimmt. § 15. 23 J. de rerum div. 2, 1. Vgl. auch l. 44 de adq. r. d. 41, 1.

[129]) Brinz, der Begriff obligatio in Grünhuts Zeitschrift I (1874) S. 11 fg. insbes. S. 18.

[130]) § 775 der Reichscivilprocessordnung.

wird auch die Execution behufs Herausgabe einer Sache oder Räumung eines Hauses zu vollziehen sein, ohne dass es irgend einen Unterschied macht, ob Herausgabe oder Räumung auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechts begehrt wird [131]). Die grössere oder geringere Haftung des Verpflichteten zeichnet mithin nicht die eine Art der Verpflichtungen vor den anderen aus.

17. Wir haben die Obligation als die Specialverpflichtung einzelner Personen bezeichnet. Dem gegenüber wird namentlich von NEUNER [132]) behauptet, dass allen Rechtsverhältnissen, den obligatorischen nicht minder wie den dinglichen, eine allgemeine Bürgerpflicht des Inhalts entspräche, das Rechtsverhältniss anzuerkennen und nicht zu verletzen.

Eine allgemeine Bürgerpflicht dieser Art würde etwas äusserst befremdendes sein. Den Schutz der Person, der sachlichen Güter, des Familienlebens kann die Rechtsordnung nicht anders gewähren als zunächst durch allgemeine Verbote — nicht durch das Gebot der »Anerkennung«, sondern durch das Verbot der Verletzung. Wie aber die Rechtsordnung dazu käme, neben dem Soll als Inhalt der Obligation noch einen allgemeinen Imperativ zu erlassen, dass dieses Soll anerkannt und nicht verletzt werde, ist schwer zu begreifen. Consequenterweise müsste dann wiederum dem Rechte des Gläubigers auf Anerkennung seiner Obligation eine allgemeine Bürgerpflicht auf Anerkennung dieses Rechts, dem Rechte auf letztere wiederum

---

[131]) § 771 ebenda.

[132]) A. a. O. S. 70—72. 134. 149. 151. 152. 166. NEUNER hat Zustimmung gefunden bei BÜRKEL a. a. O. S. 230 und BREMER, Pfandrecht und Pfandobjecte (1867) S. 16 fg. 93. Auch WINDSCHEID hatte früher dieselbe Ansicht vertreten (die Actio S. 19 Abwehr S. 39), siehe aber jetzt Pandekten § 43 N. 8. Richtig auch MUTHER a. a. O. S. 58; UNGER a. a. O. I § 62 A. 8. S. 540.

eine neue Pflicht aller Uebrigen entsprechen und so zwecklos in das Unendliche fort.

Aus ihren praktischen Folgen soll man jedoch auf das Dasein der allgemeinen Bürgerpflicht schliessen dürfen. Sie zeige sich z. B.[133]) darin, »dass im Conkurse meines Schuldners auch dessen übrige Gläubiger meine Forderung anerkennen und neben den ihrigen gelten lassen müssen«. Gewiss ist letzteres richtig. Ueberall wo die Rechtsordnung ein Forderungsrecht annimmt, wird es dritten Personen nichts nützen, ein Veto hiergegen einzulegen. Hierzu bedarf es aber nicht einer allgemeinen Bürgerpflicht zur Anerkennung; es genügt der Wille der Rechtsordnung[134]). In demselben Sinne wird es die Gläubigerschaft »anerkennen« müssen, wenn ein früherer Schuldner des Cridars Zahlung nachweist. Es wird den Gläubigern nichts helfen, die Thatsache zuzugeben, aber deren Relevanz zu bestreiten. Und doch ist hier nicht das Dasein eines Rechts, sondern das Nichtvorhandensein eines solchen in Frage. Es reducirt sich mithin die angebliche Verpflichtung zur Anerkennung auf den selbstverständlichen Satz, dass die Rechts-

---

[133]) Wenn NEUNER weiter als Zeichen der Anerkennungsverpflichtung anführt, »dass ein an mich geschehener Cessionsact - - - - einer Forderung mir von jedem Dritten anerkannt werden muss«, so scheint er hierbei einen Präjudicialstreit zwischen mehreren angeblichen Cessionaren im Auge zu haben. Die Zulässigkeit eines solchen (dafür das Erkenntniss des Reichsoberhandelsgerichts (1872) bei SEUFFERT, Archiv XXVIII, 216; dawider das des obersten Gerichtshofs für Bayern (1874) und des Oberappellationsgerichts Jena (1875), ebenda XXXI, 4. 304.) ist aber für die Annahme einer allgemeinen Bürgerpflicht einflusslos — vgl. SEUFFERT, Archiv XXXI, 5. Auch derjenige, dessen Schuldnerschaft ein Anderer behauptet, kann seine Nichtschuld durch Präjudiz feststellen lassen und doch ist Nichtzuschulden kein Rechtsverhältniss, vielmehr die Negation eines solchen — so dass auch NEUNER hier nicht eine allgemeine Bürgerpflicht auf Anerkennung der Nichtschuld annehmen würde.

[134]) Es ist unnöthig und irreführend, überall wo etwas dem Rechte gemäss geschieht, wiederum eine Verpflichtung zur Anerkennung zu construiren.

ordnung rechtlich erheblichen Thatsachen ihre Wirkung zukommen lässt unabhängig davon, ob Der oder Jener die Relevanz derselben bestreitet.

Wichtiger wäre es, wenn sich eine allgemeine Bürgerpflicht zur Nichtverletzung obligatorischer Rechte nachweisen liesse. Eine solche Verpflichtung muss wohl annehmen, wer eine Verpflichtung zur Anerkennung behauptet. Denn wer mein Recht nicht bestreiten [135]) darf, dem muss auch das Mehr, die Verletzung desselben [136]), verboten sein. Nun wird aber von NEUNER zugegeben, dass auch ein absichtliches Unmöglichmachen der Erfüllung Seitens eines Dritten diesen regelmässig nicht dem Gläubiger verpflichtet. Nämlich dann nicht, wenn der Schuldner gegen den Thäter einen Anspruch gewann, den er selbst geltend zu machen oder dem Gläubiger zu cediren verbunden ist [137]). Warum in solchem Falle die directe Realisirung jener angeblichen allgemeinen Bürgerpflicht cessiren soll, ist mir nicht verständlich [138]). Allein es sei. Jedenfalls soll sich dies

---

[135]) So wird wohl das freilich mehrdeutige und unklare Postulat einer »Anerkennungspflicht« aufzufassen sein.

[136]) Das obligatorische Recht kann wie jedes andere direct nicht verletzt werden. Das Soll, das den Inhalt der Obligation bildet, ist Staatswille und dem Staatswillen ist nicht beizukommen. Indirect aber kann es zu Falle gebracht werden — beispielsweise durch Vernichten des geschuldeten Gegenstands oder auch durch Tödtung des nur persönlich haftenden Schuldners. Auch ein zeitweises Vereiteln der Obligation ist einem Dritten möglich, z. B. durch Vorenthaltung der geschuldeten Sache. — Uebrigens müsste das Gebot der Anerkennung auch ein Verbot umfassen, das Interesse nicht zu verletzen, welches durch die Obligation geschützt werden soll. Wem leuchtet es ein, dass derjenige, der das Recht des Pächters mit Worten bestreitet, wegen »Nichtanerkennung« verklagt werden darf, während derjenige, der den Pächter aus seiner Pacht herauswirft, von diesem nach römischem Rechte nicht belangt werden kann? l. 1 § 10. 22. 23 de vi 43, 16.

[137]) l. 35 § 4 de contr. empt. 18, 1 — l. 21 i. f. de her. vend. 18, 4 — l. 24 § 4 i. f. l. 33 locati 19, 2.

[138]) Denn dem Servitutberechtigten z. B. steht sie zu, obschon NEUNER auch hier nur die nämliche allgemeine Bürgerpflicht auf Aner-

anders verhalten, »wenn ein Dritter dem Schuldner die Erfüllung seiner Obligation mit der Wirkung unmöglich macht, dass dieser dadurch seinem Gläubiger gegenüber frei geworden ist.« Mag NEUNER den Satz zu vertreten suchen; in dieser Allgemeinheit ist er meines Erachtens unhaltbar. Wie? Habe ich einen Hasen am Fenster hängen und mein Nachbar verspricht seinem Miethsmann, mir das Wild abzukaufen und jenem zu schenken, so wird der Promittent frei, wenn ich den Hasen verzehre oder sonstwie zerstöre. Und thue ich dies wissend, dass letzterer Gegenstand einer Obligation geworden ist, und in der Absicht, die Obligation zu vernichten, so soll ich dem Gläubiger haftpflichtig werden? Ich erwarte den Einwand: das Verzehren war nicht widerrechtlich. Aber einmal war dies weitere Erforderniss nicht gestellt und zweitens und vor Allem wäre eben jede die Obligation vernichtende Handlung schon um dieses Erfolges willen widerrechtlich, wenn der Satz von der allgemeinen Bürgerpflicht obligatorischen Verhältnissen gegenüber richtig wäre. Setzt man mithin als weitere Voraussetzung für die Entschädigungspflicht die Zerstörung einer Obligation durch eine schon aus anderm Rechtsgrunde widerrechtliche Handlung, so giebt man damit den angegriffenen Satz auf. Man gelangt dann zu der durchaus verschiedenen Lehre, dass jede absichtliche widerrechtliche Handlung den Thäter zum Ersatze des dadurch erwachsenen Schadens verpflichtet — auch wenn die Beschädigung in dem Verluste eines Forderungsrechts bestand[139]).

---

kennung und Nichtverletzung des Rechtsverhältnisses statuirt. Die besondere Pflicht des Schuldners kann doch die allgemeine Verpflichtung der Anderen nicht aufheben, falls letztere existirt.

[139]) So erklären sich die Stellen, auf welche NEUNER sich bezieht: l. 18 § 5; l. 19 de dolo 4, 3. Uebrigens enthalten beide Stellen kein praktisches Recht. Die l. 18 § 5 erklärt sich vom Standpunkte der

18. Mit feinem Tacte haben die Römer die Obligationen nach ihren Entstehungsgründen in solche aus Contracten und solche aus Delicten gegliedert. Nur wäre es genauer gewesen, statt der Contracte, die allerdings bei weitem die wichtigste Gruppe der nichtdelictischen Thatbestände bilden, letztere sämmtlich zu nennen. Die Forderungsrechte aus Delicten haben die Eigenthümlichkeit, dass hier die Verpflichtung aus der schuldvollen Uebertretung einer andern Norm erwächst. Die erste Norm geht beispielsweise dahin: »Du sollst nicht stehlen«. Die zweite lautet bedingt: »Hast Du gestohlen, so sollst Du sofort vollen Ersatz leisten — widrigenfalls dem Bestohlenen ein Anspruch hierauf ertheilt wird«. Zur Strafe wird weder der Anspruch gegeben — denn er erzwingt nur die Erfüllung der secundären Norm — noch auch die zweite Norm selbst, welche die obligatorische Verpflichtung begründet. Allein weil deren Voraussetzung ein Delict ist, wird die Ausgleichung, sofern der Uebertreter der ersten Norm selbst noch der Schuldner ist[140]), reich und voll für den Gläubiger und rücksichtslos gegen den Schuldner bemessen. Die Verpflichtungen aus den nichtdelictischen Thatbeständen dagegen sind unabhängig von der Uebertretung einer primären Norm. Die Imperative: »Du sollst (gültig) Versprochenes erfüllen« oder »Du sollst Dein Kind alimentiren« wollen weder das Versprechen

---

stricti iuris obligatio vgl. l. 13 § 12 de act. e. v. 19, 1 und zu l. 19 cit. vgl. schon l. 95 § 1 de solut. 46, 3. l. 88. 91 § 4 de v. o. 45, 1. — Zur Entschädigung ist auch derjenige verpflichtet, der widerrechtlich und absichtlich eine Quittung zerstört und hierdurch den früheren Schuldner in die Lage bringt, nochmals zahlen zu müssen: l. 27 § 2 l. 83 § 3 de furtis 47, 2 l. 8 § 1 quod metus c. 4, 2. Niemand aber wird hierdurch veranlasst, eine allgemeine Bürgerpflicht des Inhalts zu statuiren, das Nichtvorhandensein einer Schuldverpflichtung anzuerkennen und nicht zu verletzen.

[140]) Andererseits erklärt sich damit der beschränkte Uebergang auf die Erben.

noch die Vaterschaft hindern. Es ist weder normwidrig ein Darlehn zu versprechen noch Vater zu werden. Aber mit dem Versprechen und mit der Vaterschaft beginnt die Verpflichtung; und eine Normwidrigkeit entsteht, sobald dem Inhalte der Verpflichtung nicht entsprochen wird. Mit letztgedachtem Augenblicke entspringt dem Interessenten ein Anspruch auf Erfüllung.

Die Berechtigung einer Eintheilung der Obligationen in solche aus Contracten [141]) und solche aus Delicten ist in neuerer Zeit in verschiedener Weise geleugnet worden. Von der einen Seite wird die Unmöglichkeit behauptet, irgend eine Obligation, die nicht Strafe sondern Ausgleichung bezweckt, auf ein Delict zurückzuführen. Von der andern Seite wird umgekehrt versucht, auch alle Geschäftsobligationen auf ein Verschulden zu stützen. Nach beiden Seiten müssen wir Front nehmen. Die erstere Ansicht wird von Binding vertreten [142]). Ihm sind unsere Delictsobligationen Obligationen aus Quasicontracten, beruhend auf einer Selbstunterwerfung des Delinquenten unter die Verpflichtung zum Schadensersatz. Diese Auffassung, die nicht einmal aus des Verfassers Prämissen mit Nothwendigkeit folgt [143]), auch ebenso innerlich unhaltbar ist [144]) wie sie gegen positive Satzungen unseres Rechts ver-

---

[141]) Genauer: aus nicht delictischen Thatbeständen, die dann wieder in Rechtsgeschäfte und die übrigen Thatbestände zerfallen.

[142]) Binding a. a. O. I S. 221—223.

[143]) Wach, Gerichtssaal XXV (1873) S. 460—463.

[144]) Haelschner, Gerichtssaal XXVIII (1876) S. 409: »Es ist widersinnig, der widerrechtlichen Willkür logische Consequenz zuzumuthen und ihr beweisen zu wollen, dass sie mit dem Unrechte auch zugleich seine rechtlichen Folgen gewollt habe, und es kann darum ebenso wenig die Ersatzverbindlichkeit wie die Strafe auf den Willen des Schuldigen, auf eine Art Willensübereinkunft desselben mit dem Forderungsberechtigten und der Strafgewalt des Staates gegründet werden.«

stösst[145]), scheint von ihrem Urheber gegenwärtig aufgegeben worden zu sein[146]). Vertheidiger der zweitgedachten Ansicht ist SCHLOSSMANN. Ihm sind umgekehrt auch die Contracte »delictische Thatbestände«, denn auch bei ihnen dürfe man, »in der üblichen Ausdrucksweise zu reden, in dem Verschulden den »Entstehungsgrund der Obligation« finden«[147]). Die Kette von Irrthümern, welche schliesslich zu diesem Axiome geführt hat, ist leicht nachzuweisen. Zunächst und vor Allem verschliesst sich SCHLOSSMANN der Wahrnehmung, dass eine Obligation als ein Imperativ der Rechtsordnung eine sehr reale Existenz hat. Für SCHLOSSMANN ist die Obligation ein Nichts, die Frage, wie sie entstehe, im Ernste gar nicht aufzuwerfen[148]). »Eine Obligation entsteht niemals, sondern nur das Urtheil in uns, dass Jemand schuldig sei, und es ist unzweifelhaft, dass ein solches Urtheil sich in uns nicht bilden kann, wenn das Versprochene geleistet ist.« Sonach sei »das Unterbleiben der Leistung - - - - wesentliche Voraussetzung der Obligirung«[149]). Hierin liegt eine handgreifliche Verwechslung von Obligation und Anspruch; jene kann bereits vorhanden sein, ohne dass noch

[145]) Sie scheitert positivrechtlich daran, dass andere persönliche Voraussetzungen gestellt werden für die Verpflichtung durch Delict und für die durch Contract und Quasi-Contract. So können sich zurechnungsfähige Geschlechtsunreife und ebenso Verschwender zwar durch Delict, nicht aber durch Rechtsgeschäft verpflichten — l. 5 § 2 ad leg. Aq. 9, 2; l. 23. 24 de furtis 47, 2; l. 13 § 1. l. 14 de dolo 4, 3 u. a. m. Vgl. BINDING a. a. O. II S. 87. 281.

[146]) BINDING, a. a. O. II S. VI: »Ferner ist es ein sehr ungenügender Ausdruck für einen meines Erachtens richtigen Gedanken, dass die Grundlage der Schadensersatzverbindlichkeit der Quasi-Contract sei.«

[147]) SCHLOSSMANN, der Vertrag S. 328. 325; vgl. auch S. 295. 315. 327. 341.

[148]) Ebenda S. 273. 272.

[149]) Ebenda S. 326. — Wenn SCHLOSSMANN hier (S. 275) und anderwärts (z. B. S. 266) die Frage nach dem Vorhandensein eines Rechts auf die Frage zurückführt, ob »es gerecht sei«, dass der Staat Jemand

von diesem die Rede ist[150]). Dies das erste Versehen, welches freilich auch von Anderen getheilt wird. Hieran schliesst sich ein zweiter verhängnissvoller Fehler an. Vielleicht schwebte Schlossmann der richtige Gedanke vor, dass jeder Anspruch eine Normwidrigkeit zu beseitigen bezwecke und mithin eine solche zur Voraussetzung habe. Aber Schlossmann geht viel weiter: jede Obligation[151]), möge ihre Entstehung zunächst mit einem Verkehrsgeschäft oder sofort mit einem Delicte anheben, setze stets ein Verschulden des Obligirten, ein Delict desselben voraus. Die obligationes ex re werden ausgeschieden; ebenso die Formalcontracte, welche »lediglich nach positiver Satzung obligiren«[152]) und hinsichtlich derer wir mit der Bemerkung überrascht werden, dass die aus diesen »sich ergebende Schuld weder Delicts- noch Geschäftsschuld, sondern abstracte Schuld ist«[153]). Bei den materiell individualisirten Contracten dagegen soll nur das Verschulden eine Obligirung und damit einen Entschädigungszwang begründen. Dass diese Behauptung unrichtig ist, habe ich im zweiten Abschnitte darzulegen versucht. Klage und Execution können aus Contracten entspringen, ohne dass auf beklagtischer Seite auch nur während eines Augenblicks eine Verschuldung vorlag. Man denke an ein Darlehn, rückzahlbar nach Jahresfrist, dessen Empfänger sofort nach der Aufnahme wahnsinnig wurde. Jede Möglichkeit einer Verschuldung ist damit hinweggefallen — nicht aber das Interesse des Gebers auf Rückempfang. Und da die Krankheit

---

zu einer Leistung zwinge, und weiterhin für die Bejahung oder Verneinung das subjective Rechtsgefühl des Richters in letzter Instanz entscheiden lässt (S. 193 fg.): so scheint mir dies einer völligen Auflösung der Rechtswissenschaft zuzuführen.

[150]) Des Näheren hiervon im folgenden Abschnitte.

[151]) Genauer: obligatorische Anspruch.

[152]) S. 328.

[153]) S. 42.

des Empfängers auch dem Interesse des Verleihers weder Schutzwürdigkeit noch Schutzbedürftigkeit entzogen hat, tritt Erfüllungszwang gegen den Schuldlosen ein.

19. Zuletzt ist noch der Begriff des Erbrechts in aller Kürze zu berühren. Das Verschiedenartigste wird mit demselben Ausdrucke umfasst. Bald bezeichnet er die blosse Möglichkeit einer künftigen Beerbung — so wenn wir bei Lebzeiten zweier Verwandten von ihrem wechselseitigen Erbrechte sprechen. In der Verbindung »Notherbenrecht« deutet er auf den Schutz, welcher dem Interesse gewisser Personen an der Beerbung eines Anderen dadurch zu Theil wird, dass diesem letzteren entweder die rechtliche Macht[154]) entzogen wird, testamentarisch über sein Vermögen frei zu verfügen[155]), oder dass ihm unter Belassung der rechtlichen Macht freier Verfügung doch die Pflicht auferlegt wird, in der oder jener Art die Interessenten zu berücksichtigen — widrigenfalls die eingesetzten Erben eine Verpflichtung trifft[156]), zu deren Erzwingung den Interessenten ein Anspruch zusteht. Ferner bedeutet das Wort, soweit damit die rechtliche Stellung des Berufenen bezeichnet

---

[154]) Oder wie ich dieselbe nennen würde: die Befugniss.

[155]) So dass das hiergegen gemachte Testament nichtig ist: wie bei der Präterition eines Haussohns nach ius civile und bei einem Verstosse wider Nov. 115 nach dem Nullitätssysteme. Es würde ganz irrig sein, in solchen Fällen von einem Anspruch auf Erbeseinsetzung (oder Enterbung) zu reden. Der Schutz wird den Notherben hier nicht in der Weise zu Theil, dass ihnen ein »Anspruch« gewährt wird. Der Staatswille arbeitet hier mit andern Mitteln: durch Entziehung der rechtlichen Macht, ihm entgegen zu handeln.

[156]) Sei es den Pflichttheil ergänzen sei es die Umstossung des Testamentes dulden zu müssen. Auch hier wird die richtige Auffassung getrübt, wenn man von einem Pflichttheilsanspruche als einem Anspruche gegen den Erblasser auf Zuwendung des Pflichttheils redet. Ein solcher existirt nicht.

werden soll, die Befugniss Jemandes, durch Erklärung seines Willens Erbe eines Anderen zu werden. Und endlich, wenn es die Stellung des Erbe Gewordenen bezeichnen soll, wiederum zweierlei. Einmal den Rechtsgrund, warum jeder vererbliche Rechtsschutz des Erblassers nunmehr dem neuen Interessenten zu Theil wird. Dann aber weiter einen besonderen absoluten Schutz des Erben gegen Jedermann. Niemand darf etwas zum Nachlasse Gehöriges unter dem Vorgeben selbst Erbe zu sein oder ohne allen rechtfertigenden Grund dem Erben vorenthalten. Die Erbschaft als Masse geniesst mithin zu Gunsten des Erben einen ähnlichen Rechtsschutz, wie die einzelnen Sachen zu Gunsten des Eigenthümers. In dieser Bedeutung tritt das Erbrecht zu den absoluten Rechten hinzu; in gewissem Umfange gehört es zugleich zu den dinglichen Rechten[157]).

20. Nach diesen Einzelbetrachtungen wird es nunmehr, so hoffe ich, gelingen, den Begriff des subjectiven Privatrechts klar zu legen.

Ueberall, wo wir einer Person eines der besprochenen Rechte zuschreiben, finden wir zunächst ein Gut oder ein Interesse derselben, welches die Rechtsordnung in ihren Schutz nimmt. Soweit letzterer durch das Dasein der staatlichen Imperative sowie durch die Androhung von Rechtsfolgen für den Fall der Uebertretung oder endlich durch die Vollstreckung der Rechtsfolgen von Amtswegen gewährt wird, ist der Interessent betreffs dieses Schutzes lediglich passiv. Das geschützte Interesse ist sein, ebenso

[157]) Insofern sich das Verbot auf Vorenthaltung der körperlichen Nachlassgegenstände bezieht — wie es zum Theil auch der hereditatis petitio und allein dem interdictum quorum bonorum zu Grunde liegt. Dies Verbot ist nicht eine blosse Wiederholung des zu Gunsten des Eigenthümers und der sonst dinglich Berechtigten erlassenen allgemeinen Verbots in besonderer Anwendung auf den Erben: denn das Verbot bezieht sich auch auf solche Sachen des Nachlasses, hinsichtlich derer der Erblasser eines dinglichen Schutzes entbehrte.

der Vortheil des Schutzes — aber an letzterem selbst ist er völlig unbetheiligt. Es besteht mithin auch keine Veranlassung, den ihn schützenden Staatswillen als sein Recht zu bezeichnen. Dies kann man nur, falls der Interessent selbst zur Realisirung des Schutzes mit berufen wird. Nun finden wir, dass dem Geschützten regelmässig in dreifacher Weise ein Einfluss auf den ihm gewährten Schutz verstattet ist. Zunächst in der Art, dass er durch seine Einwilligung ein sonst verbotenes Verhalten seines normwidrigen Charakters berauben kann[158]. Hierdurch wird aber nur der Eintritt des Rechtsschutzes abgewehrt, nicht dessen Inhalt oder Verwirklichung beeinflusst. Der Interessent vermag nur, durch seine Zustimmung zu dem sonst verbotenen Thun die Anwendbarkeit der schützenden Norm auf den einzelnen Fall auszuschliessen und sonach den Rechtsschutz zu vereiteln. Wo aber der letztere eintritt, bleibt er völlig derselbe. Ein zweites Moment möglicher Beeinflussung des Rechtsschutzes Seitens des Interessenten besteht darin, dass es diesem bei verzichtbaren oder übertragbaren Rechten verstattet ist, den gesammten Rechtsschutz aufzugeben oder an eine andere Person zu knüpfen. Wo eine solche Befugniss gewährt wird, ist der Schutz das Object der Disposition. Der Interessent hat Macht über den Schutz d. h. über dessen Aufhören oder über dessen Verknüpfung mit einem andern Subjecte. Aber die Art des Schutzes wird auch durch diese Dispositionsbefugniss nicht berührt. Inhalt des Schutzes und Verfügungsmacht über den Schutz müssen begrifflich immer geschieden werden[159]. Letztere ist eine ausserhalb des Begriffs des Schutzes liegende Befugniss. Sie kann vorhanden sein, sie kann auch fehlen, ohne dass hiervon Da-

[158]) Vgl. oben Anm. 2. 19. 52. 53.

[159]) Eingehender wird hiervon im letzten Abschnitte zu handeln sein.

sein oder Nichtdasein des subjectiven Rechts abhängig ist. Giebt es doch Rechte, die nicht übertragbar, und andere, die es wenigstens unter Umständen nicht sind. Sonach verbleibt nur das dritte Moment als Kennzeichen des subjectiven Rechts. Nur das macht den Schutz zu einem Rechte des Geschützten, dass dieser zur Realisirung des Schutzes selbst mit berufen ist. Die Art und Weise der Verwirklichung unterscheidet blossen Interessenschutz vom subjectiven Rechte. Zu letzterem wird jeder Interessenschutz erhoben, sofern die Rechtsordnung die Erzwingung ihrer Normen der Initiative des Interessenten überlässt und ihm nur hierbei Hülfe zu leisten verspricht. Das subjective Recht ist nicht identisch mit dem Anspruch; es kann vorhanden sein und ist meistentheils vorhanden, noch ehe ein Anspruch erwachsen ist. Aber nur die Gewährung eines eventuellen Anspruchs Seitens der Rechtsordnung erhebt den normgeschützten Zustand schon jetzt zum Rechte des Geschützten. Das subjective Recht wird durch die Verheissung eventueller Ansprüche begründet; es besteht in der Aussicht auf solche. Oder genauer, es erwächst für den durch die Normen Geschützten aus der Bestimmung des objectiven Rechts, wonach ihm für den Fall der Uebertretung der ersteren behufs Verwirklichung des Gebotenen oder Wiederaufhebung des Verbotenen ein Mittel, der Anspruch, gewährt wird.

21. Die hier versuchte Begriffsbestimmung des subjectiven Rechts hat innerlich die nächste Verwandtschaft mit derjenigen, welche von IHERING [160]) aufgestellt worden ist. Mit diesem nehme ich an, dass der praktische Zweck des Rechts »Nutzen, Vortheil, Gewinn (ist), der durch das Recht gewährleistet werden soll.« Nur meine ich, dass

---

[160]) Geist III § 60. 61.

der Zweck des Rechts — von IHERING das substantielle Moment des Rechts genannt — nicht in die Begriffsbestimmung desselben gehört. Im Recht ist nicht die schützende Schale — der Rechtsschutz — und der Kern — das Interesse — zu unterscheiden, nein, lediglich die Schale bildet das Recht, der Kern gehört nicht mehr zu ihm. Das Recht ist nur Mittel, nie Selbstzweck — nämlich das Mittel oder genauer ein Mittel zur Ermöglichung eines gegenwärtigen oder künftigen Genusses. Letzterer selbst gehört so wenig zum Begriffe des Rechts, wie zum Gartenzaun der Garten gehört, dessen Alleingenuss der Zaun ebenfalls dem Eigenthümer sichern soll. Darum ist auch in der vielbesprochenen Definition »Rechte sind rechtlich geschützte Interessen« meines Erachtens eine Umstellung nöthig. Ein Recht ist nicht ein Interesse, das geschützt wird, sondern selbst das Schutzmittel eines Interesses. Alsdann entsteht auch Harmonie zwischen diesem und dem weiteren Worte: »Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses - -, Selbstschutz des Interesses.« Was Interesse ist, kann nicht Sicherheit oder Selbstschutz desselben sein — und der Selbstschutz ist umgekehrt nicht das Interesse [161]). Der mittels eines Vorlegeschlosses geschützte Keller und das Vorlegeschloss, das die Sicherheit bietet, sind nicht identisch. Die Divergenz der beiden Bestimmungen wäre nicht zu erwähnen gewesen, wenn die erstere nur als eine minder genaue Fassung erschiene. Allein aus den gesammten Ausführungen IHERING's geht hervor, dass gerade auf die erstgedachte Formel Gewicht gelegt wird. Sie soll dem Gedanken Ausdruck geben, der Genuss des geschützten Guts sei Genuss oder Ausübung des Rechts, das Recht ermögliche nicht nur, sondern gewähre Genuss. Darin aber birgt sich meines Erachtens ein Irrthum, der um so

---

[161]) Vgl. auch SCHLOSSMANN, a. a. O. S. 246.

gefährlicher ist, als jener Gedanke eine gewaltige Tragweite hat. Gegen ihn speciell wird der sechste Abschnitt sich wenden. Insoweit stimme ich WINDSCHEID [162]) bei in seinen Bemerkungen gegen IHERING. Die Wahrung privater Interessen ist nur das Motiv, welches die Legislative zur Begründung subjectiver Rechte bestimmen wird; »die Definition des Rechts ist davon unabhängig.« Wenn aber WINDSCHEID weiterhin einwendet: »Das Recht schützt nie ein Interesse als solches [163]) - -; es schützt immer nur den auf das Haben des Gutes gerichteten Willen« — so könnte hierauf zunächst mit dem Hinweis auf willensunfähige Rechtssubjecte geantwortet werden. Denn diesen sprechen wir schon Privatrechte zu, noch ehe ihnen ein Vertreter gegeben worden ist, der ihre etwaigen Ansprüche verfolgt. Es ist dies aber ein Punkt, den ich mir für spätere Betrachtung vorbehalten muss. Gegen WINDSCHEID spricht aber entscheidend, dass auch bei thatsächlichem Mangel eines auf das Haben des Guts gerichteten Willens, ja hin und wieder selbst bei entgegengesetztem Willen [164]), das Recht und der dadurch gewährte Schutz doch fortbesteht. Der Ehemann bleibt Eigenthümer des veräusserten Dotalgrundstücks, auch dann, wenn er es nicht wiederhaben will; die Vorenthaltung, Benutzung, Beschädigung desselben ist nach wie vor zu Gunsten des Ehemanns jedem Dritten verboten. Ebenso bleibt der Schuldner, dessen Gläubiger das Geschuldete nicht annehmen will, bis zur Deposition dennoch Schuldner und mithin verpflichtet. Bleiben aber die Verbote und Gebote zu Gunsten

---

162) Pandekten § 37 N. 2; (4) I S. 92.

163) WINDSCHEID fügt hinzu: »d. h. die Werthschätzung von einem Gute.« Vgl. aber betreffs des Begriffs Interesse oben Anm. 113.

164) Nämlich überall da, wo der das Gut verschmähende Wille nicht in einer Weise geäussert worden ist, die die Rechtsordnung als Verzicht gelten lässt.

des Eigenthümers und Gläubigers in Kraft, trotz des Mangels eines auf das Haben des Guts gerichteten Willens, so kann es auch nicht dieser letztere sein, der von der Rechtsordnung geschützt wird. Hier zeigt es sich, dass das von dem Interessenten vielleicht verkannte Interesse es ist, welchem die Rechtsordnung ihren Schutz zuwendet. Nach wie vor will sie dem Berechtigten die Möglichkeit eines Genusses sichern, indem sie den Willen der verpflichteten Personen durch ihre Imperative zu bestimmen sucht, einerlei ob der Berechtigte zur Zeit das Gut verschmäht oder nicht.

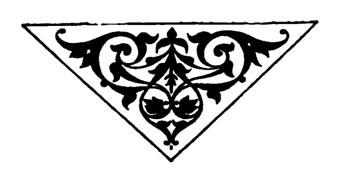
Es führt dies zu der eigenen Definition WINDSCHEID's. Nach ihm und Anderen[165]) besteht das Recht in einem Wollendürfen. Soll damit die gesammte Wirkung einer Rechtsertheilung bezeichnet sein, so ist der Ausdruck zu eng. Er umfasst nicht den Schutz, den schon die das Recht begründenden Imperative der Rechtsordnung sowie die Androhung von Rechtsfolgen für den Fall ihrer Uebertretung gewähren. Denn zu diesem Schutze bedarf es nicht des Willens des Berechtigten; er wird dem Geschützten ganz unabhängig von dessen Wollen oder Wollenkönnen zu Theil. Sollte aber das »Wollendürfen« nur den Antheil des Privaten an seinem Rechtsschutze bezeichnen d. h. das, was den ihm gewährten Rechtsschutz zugleich zu seinem Rechte macht — mithin nach der früheren Darstellung der Anspruch, nach IHERING (zu eng) die Klage — dann wäre gegen diese Definition nicht viel einzuwenden. Denn zur Geltendmachung des Anspruchs gehört allerdings eine Willensbethätigung Seitens des Berechtigten; einen Anspruch haben heisst zugleich Wollendürfen. Nur wäre das Dürfen immerhin nicht bezeichnend. Das blosse Erlaubtsein eines Wollens[166]) erhebt die Willensäusserung noch

[165]) Siehe die Notizen bei BINDING a. a. O. II S. 50 fg. Anm. 76.

[166]) »Es wäre richtiger von einem Thun- oder Handelndürfen zu sprechen.« BINDING a. a. O. II S. 50 A. 75; auch SCHLOSSMANN, a. a. O. S. 244.

nicht zur Rechtsausübung, sondern erst die Gewährleistung derselben Seitens der Rechtsgemeinschaft, die Beihülfe, welche letztere dem Berechtigten verspricht[167]. Zwischen der verbotenen und der rechtlich geschützten Willensbethätigung liegt das unendlich weite Feld des Erlaubten oder genauer gesagt des Nichtverbotenen: das Feld der natürlichen, durch keinen Rechtssatz beschränkten Freiheit. Das Wollendürfen würde nur das Unverbotensein, nicht den Schutz des Handelns bezeichnen. Aber offenbar wird auch von WINDSCHEID nicht bloss an die Rechtsverfolgung gedacht. Für ihn ist, wie für IHERING und für die gesammte Doctrin, jeder Genuss des geschützten Guts Rechtsausübung, das Wollendürfen nicht nur Rechtsverfolgung, sondern vornehmlich Geniessendürfen. In diesem Sinne aber ist die Richtigkeit der Definition durchaus zu bestreiten. Die Polemik gegen sie wird mit der gegen die gedachte Lehrmeinung zusammenfallen. Ihr wird der übernächste Abschnitt gewidmet sein.

167) So richtig schon EXNER, a. a. O. S. 16.





V.

Der Anspruch.

Nach dem Ergebnisse des vorigen Abschnitts ist das Charakteristische des subjectiven Privatrechts darin zu finden, dass dem durch Normen Geschützten zwecks Verwirklichung des mittels derselben Erstrebten für den Fall der Normwidrigkeit ein Privatanspruch verhiessen wird. Um der gegenwärtigen oder künftig erwachsenden Ansprüche willen wird der Normenschutz zum Rechte des Geschützten. Allein der Begriff des Anspruchs selbst ist noch keineswegs ein fester und es bedarf daher weiterhin noch einer genaueren Untersuchung, welche Erscheinungen des Rechtslebens wir kurzweg mit der Bezeichnung »Anspruch« belegen.

1. Die Rechtsordnung ist es, welche wie den Normenschutz so auch den Anspruch gewährt. Dieser letztere ist sonach gleichfalls ein Product der das Recht erzeugenden Factoren; die Sätze, welche den Anspruch begründen, sind Bestandtheile des objectiven Rechts. Hieraus ergiebt sich in Verbindung mit dem, was im Eingange dieser Untersuchungen über das Wesen des gesammten Rechtes gesagt worden ist, eine wichtige Consequenz. Auch das, was wir

als Anspruch bezeichnen, kann nur dadurch geschaffen werden, dass die Rechtsordnung von dem Thatbestande, an welchen sie einen Anspruch anknüpfen will, sei es das Inslebentreten weiterer Imperative sei es die Zurücknahme bisheriger Imperative abhängig macht. Auch der Anspruch kann, formell betrachtet, einzig und allein in dem Lebendigwerden neuer oder in dem Wegfall bisheriger Normen bestehen [1]. Damit wir in dem Eintritte einer derartigen Veränderung innerhalb der Imperative der Rechtsordnung die Gewähr eines Anspruchs erblicken können, sind freilich noch weitere Anforderungen zu stellen. Einmal muss die Veränderung den nämlichen Endzweck verfolgen, wie die Norm, an deren Uebertretung sie geknüpft wird [2]. Und zweitens muss sie diesen Zweck in der Art verfolgen, dass sie entweder die Handlungsfreiheit oder die rechtliche Macht dessen erweitert, den wir als Inhaber des Anspruchs bezeichnen [3]. Beide Punkte werden im Verlaufe der Darstellung noch nähere Ausführung finden.

2. Das Dasein eines Anspruchs kann sich zunächst darin offenbaren, dass gewisse Imperative, insbesondere Verbote [4], welche vordem den Normgeschützten trafen, fernerhin dessen Verhalten nicht mehr beschränken wollen.

---

[1] Diese beiden Alternativen sollen zugleich auch die dritte mit umfassen: nämlich den Eintritt neuer Imperative verbunden mit dem Hinwegfall bisher in Geltung gewesener.

[2] Den nämlichen Endzweck: denn die Norm will zunächst den Gehorsam, allein mittels des Gehorsams die Herbeiführung des gewünschten Zustands. Für den Anspruch ist unwesentlich, dass er den Gehorsam, wesentlich jedoch, dass er die Herbeiführung jenes Zustands verfolgt.

[3] Oder einer Person, welche rechtlich als Vertreter des Anspruchsinhabers gilt.

[4] Aber nicht immer. So liegt in dem sog. Retentionsrechte die Rücknahme eines Gebots (der Tradition, der Herausgabe oder einer anderen Handlung), ausgesprochen für den Fall, dass der Verpflichtete

Dem Berechtigten wird gestattet, was dem Unberechtigten verboten war. Die Rechtsordnung verleiht hier einen Anspruch, indem sie gewisse Imperative zurücknimmt, die bisher den Anspruchsinhaber trafen. Und sie thut dies zu dem Zwecke, damit es dem Letzteren frei stehe, durch sein nunmehr unverbotenes Vorgehen das zu erreichen, was, wenn auch vergeblich, die ihn schützende Norm erstrebte.

In den Anfängen der Rechtsentwicklung ist dies der bevorzugte, wo nicht der einzige Weg der Anspruchsgewährung. Dieser Form gehört vor Allem die Rechtsverfolgung in Gestalt erlaubter Selbsthülfe an. Dem Berechtigten wird ein Vorgehen gegen den Pflichtigen gestattet, welches ihm verboten sein würde, wäre ihm der Gegner nicht obligirt. Und freigegeben wird ihm dies Einschreiten, damit er auf diesem Wege zu dem gelangen könne, was ihm die Rechtsordnung mittels der dem Gegner auferlegten Verpflichtung vergeblich zu verschaffen versuchte [5]). Der nämlichen Form von Anspruchsgewähr gehörte das mittelalterliche Fehderecht an [6]). Auch hier wurde innerhalb gewisser Schranken dem Berechtigten zwecks Verfolgung des ihm Gebührenden ein Vorgehen gegen Person und Gut des Pflichtigen und der Untergebenen desselben gestattet, welches in anderen Fällen als Landfriedensbruch verboten und mit Strafe bedroht war. Im heutigen Rechte dagegen ist diese Form der Anspruchsertheilung fast gänzlich verschwunden. Vielleicht ist sie noch in dem deutschen Pfändungsrechte zu erkennen. Im

---

retiniren zu wollen erklärt, um so eine ihm geschuldete Leistung zu erzwingen; vgl. § 13. 15.

[5]) Bei feinerer Durchführung können auch weitere Imperative unterstützend hinzutreten, welche dem Pflichtigen eine Abwehr der Selbsthülfe — vielleicht bei Strafe — verbieten.

[6]) Wächter, Beilagen (1877) No. 26. S. 89 fg.

Uebrigen giebt der Anspruch heut zu Tage seinem Inhaber kaum noch eine Handlung, welche bis dahin verboten war, dem Verpflichteten gegenüber frei. Nur in dem Ansprechen selbst, in dem Mahnen- und Fordern-Dürfen, zeigt sich noch in schwachem Bilde ein Ueberrest dieser einen Form der Anspruchsverleihung [7]).

3. Von ungleich höherem Werthe für den Berechtigten ist aber der andere Weg, welchen die Rechtsordnung bei Gewähr eines Anspruchs einschlagen kann und heute der Regel nach einschlägt. Er besteht darin, dass neue Imperative erlassen werden — Imperative an bestimmte staatliche Organe, zumeist an die Gerichte, wonach dieselben auf Anrufen des Berechtigten in bestimmter Weise gegen den Verpflichteten einschreiten und schliesslich den Zustand, welchen die Rechtsordnung mittels ihres Gebotes erreichen oder mittels ihres Verbotes erhalten wollte, da nöthig zwangsweise herstellen sollen [8]). Mit andern Worten, dem Normgeschützten soll auf sein Verlangen staatliche Hülfe zu Theil werden. Sein Begehren ist die Vorbedingung für den Eintritt dieser neuen Imperative.

Die eben berührte Erscheinung pflegt man zumeist

---

[7]) Insofern die Mahnung Rechtsgeschäft ist d. h. das Mittel, rechtliche Wirkungen zu erzielen, fällt sie allerdings unter einen andern Gesichtspunkt. Insofern aber dem Gläubiger (sowie jedem durch ein Gebot Geschützten) die Handlung des Mahnens und Forderns gestattet wird, zeigt sich hierin die Gewährung eines Anspruchs. Denn die nämliche Handlung Seitens eines Nichtgläubigers ist verboten, wofür das Schutzmittel des also Angesprochenen, die provocatio ex lege diffamari, den sprechendsten Beleg giebt. Mit Unrecht stellt sonach Sohm in Grünhut's Zeitschrift IV (1877) S. 461 Anm. 4 jeden Zusammenhang zwischen dem Forderungsrechte und dem Rechte zu fordern in Abrede.

[8]) So nach heutigem Rechte — während im römischen Formularprocesse die Verurtheilung stets auf Geld ging und mithin nicht immer die ursprüngliche Verpflichtung des Beklagten constatirte, sondern häufig die secundäre Verpflichtung zur Geldzahlung, welche ihn traf, falls er der primären vor dem Urtheile nicht nachkam.

dahin zusammenzufassen, dass man von einem Klagrechte des Verletzten spricht und letzteres selbst wieder als ein Klagendürfen erklärt. Das Wesen der Sache wird damit wenig getroffen. Zunächst ist die Klagerhebung, wenn auch die gewöhnliche, doch nicht die einzige und nothwendige Form, in welcher das Verlangen des Berechtigten sich äussern muss. Allein auch abgesehen hiervon und wenn wir uns bis auf Weiteres auf das im Wege der Klage zu stellende Begehren beschränken wollen, so ist trotzdem der Ausdruck Klagendürfen wenig entsprechend. Er besagt nur, dass es dem Verletzten nicht verwehrt sei zu klagen. Darin aber liegt nicht das unterscheidende Merkmal von Berechtigung und Nichtberechtigung. Die physische Handlung der Klagerhebung kann auch von einem Unbefugten ausgehen. Auch wird nicht jede Erhebung einer thatsächlich unbegründeten Klage [9]) als eine verbotene Handlung betrachtet werden können. Vermöchte man aber auch eine Rechtsnorm ausfindig zu machen, welche jedes objectiv unbegründete Klagen verwehrt: so hätte man zwar damit ein Moment gefunden, welches die Stellung des Berechtigten und die des Unberechtigten unterschiede. Denn jenem würde gestattet, was diesem verboten wäre. Allein der einzige und der wesentliche Unterschied wäre dies keineswegs. Stände es dem Richter frei, mit den bei ihm eingereichten Klagen nach Belieben zu verfahren, wäre es ihm gestattet, nach Gefallen begründete und unbegründete Klagschriften gleicherweise in den Papierkorb zu werfen, so würde dem Berechtigten das Klagendürfen allein wenig nützen [10]). Dass den Richter

---

[9]) Abgesehen von solchen Klagen, welche nach der eigenen Ueberzeugung ihrer Urheber unbegründet sind: Anm. 25.

[10]) Auch würde es praktisch gleichgültig sein, ob die Einreichung einer begründeten Klage allein eine erlaubte, die einer unbegründeten Klage dagegen eine verbotene aber straflose Handlung enthielte.

Verpflichtungen treffen und dass diese Verpflichtungen verschieden sind, je nachdem sich die Klage als begründet oder als unbegründet herausstellt, darin liegt das unterscheidende Moment. Der Richter soll auf die begründete Klage ausfertigen, den Beklagten (wenn sich gewisse weitere Voraussetzungen erfüllen) verurtheilen und schliesslich auf Verlangen des Klägers die Execution vollstrecken lassen. Und umgekehrt ist er verpflichtet, die unbegründete Klage zurückzuweisen. Im ersteren Falle bildet sonach die Klagerhebung die rechtliche Voraussetzung für das Lebendigwerden derjenigen Imperative, welche dem Richter ein Einschreiten gegen den Beklagten befehlen. Dass der Berechtigte es in der Hand hat, durch sein Verlangen die gedachten Imperative auszulösen, ist hier das Charakteristische seines Anspruchs. Die Freiheit seines Handelns hat nicht oder doch nur unerheblich gewonnen; denn sein Dürfen ist um nichts oder nur um weniges gesteigert. Aber sein Können, seine rechtliche Macht, hat einen beträchtlichen und für seine Interessen ausserordentlich wichtigen Zuwachs erhalten.

4. In dieser seiner zweiten vornehmlichsten Form — die ich bis auf Weiteres allein im Auge haben werde — bedeutet der Anspruch die von der Rechtsordnung verliehene Macht, die Vorbedingung für den Eintritt der Imperative zu setzen, welche bestimmten staatlichen Organen (zumeist den Gerichten) die Gewähr von Rechtshülfe befehlen — d. h. ein Vorgehen gegen den Pflichtigen behufs Herbeiführung oder Wiederherstellung des Zustandes, welchen zu erreichen oder festzuhalten das übertretene Gebot oder Verbot bezweckte.

Ein gewichtiges Bedenken tritt jedoch dieser Auffassung des Anspruchs entgegen. Das tägliche Leben weist aus, dass es dem durch die Normübertretung Verletzten nicht

immer gelingt, sein gutes Recht auch bei den Gerichten zur Geltung zu bringen. Und umgekehrt kann es hin und wieder auch dem Unberechtigten glücken, sich gerichtliche Hülfe zu verschaffen. Hiernach scheint es, als ob im Civilprocesse Verurtheilung und Vollstreckung von dem Vorhandensein eines Rechts auf Seiten der Klägerschaft unabhängig seien. Findet auch nur ausnahmsweise das Recht keinen Schutz, während sich das Unberechtigte Anerkennung zu erringen weiss, so scheint der Beweis dafür erbracht zu sein, dass Recht und Gerichtsschutz in keinem inneren Zusammenhange stehen. Das Recht erweist sich dann weder als der alleinige noch als der immer taugliche Hebel, um die Gerichtshülfe in Bewegung zu setzen.

Freilich ist der gedachte Einwand leicht zu beseitigen, sofern er sich auf die Thatsache stützt, dass der Richter ungerecht urtheilen kann und dass aus diesem Grunde möglicherweise ein vorhandenes Recht nicht anerkannt, ein nichtvorhandenes als bestehend betrachtet wird. Urtheilt doch in solchen Fällen der Richter nicht so, wie er sollte — einerlei, ob dies wider besseres Wissen geschieht oder aus Irrthum und Unkenntniss. Die Imperative sind an den Richter ergangen, das begründete Verlangen zu schützen sowie das unbegründete zurückzuweisen. Genügt er nicht seiner Pflicht, so ist das für unsere Frage, für die Bestimmung des Anspruchs, ohne alle Bedeutung. Denn das Wesen des Anspruchs ist nicht darein zu setzen, dass dieser seinem Inhaber gerichtliche Hülfe auf Verlangen allzeit und wirklich verschafft. Ein unfehlbares Mittel zur Erlangung von Rechtshülfe ist der Anspruch keineswegs; wie könnte auch die Rechtsordnung ein solches hervorbringen? Der Anspruch besteht vielmehr lediglich in der Macht zur Wachrufung der Imperative, welche dem Richter Rechtshülfe zu leisten befehlen. Wird diesem Gebote Seitens des Richters keine Folge gegeben, so ändert dies an der Thatsache nichts,

dass der Befehl doch ergangen ist [11]). Ganz in gleicher Weise ist es möglich, dass der Strafrichter seine Pflicht nicht erfüllt, indem er den Verbrecher freispricht oder den Schuldlosen mit Strafe belegt. Und dennoch wird hier nicht in Zweifel gezogen werden, dass Verbrechen und Strafe in Zusammenhang stehen. Denn nach dem Willen der Rechtsordnung soll die Strafe den Verbrecher, aber auch nur den Verbrecher treffen.

Weit schwerer wiegt das angeregte Bedenken, sofern es sich auf die gleichfalls unleugbare Thatsache beruft, dass es oft die Rechtsordnung selbst ist, welche dem Richter trotz vorhandenen Rechtes das Verlangen des Berechtigten zurückzuweisen und trotz nicht vorhandenen Rechtes dem unbefugten Verlangen nachzukommen befiehlt. So ist der Richter verpflichtet, den Beklagten von der Klage zu entbinden, falls der Kläger den Beweis der letzteren nicht zu erbringen vermag — und umgekehrt hat der Richter zu verurtheilen und Execution zu verhängen, falls der Beklagte die klägerischerseits vorgebrachten, das Klaggesuch rechtfertigenden Thatsachen einwandlos zugesteht. Und dennoch kann, objectiv betrachtet, im ersteren Falle ein Recht des Klägers vorhanden sein und im letzteren nicht. Wenn nun

[11]) Die Rechtsordnung befiehlt dem Richter nicht bloss zu urtheilen, sondern auch dem Rechte gemäss zu urtheilen. Darauf ist der Richter bei seiner Anstellung verpflichtet worden. Entscheidet er anders, so handelt er normwidrig. Geschieht es aus Vorsatz oder in Folge grober Nachlässigkeit, so trifft ihn die obligatorische Pflicht, die verletzte Partei zu entschädigen; zugleich ist er in ersterem Falle mit öffentlicher Strafe zu belegen. — Dass die Rechtsordnung auch an materiell ungerechtfertigte Urtheile rechtliche Wirkungen anknüpft, ist für die vorliegende Frage gleichgültig. Wenn der Richter auch nicht ungerecht erkennen darf, so vermag er es doch zu thun. Sein Urtheil ist Urtheil und zieht mithin die von der Rechtsordnung an richterliche Urtheile geknüpften Rechtsfolgen nach sich, auch wenn das Erkannte dem Einen oder dem Andern oder selbst Allen mit Einschluss des Urtheilssprechers ungerecht dünkt.

der Richter, obschon er nicht in Ungehorsam gegen die ihm gewordenen Befehle, sondern völlig in Gemässheit derselben verfährt, trotzdem in solchen Fällen vorhandenes Recht verwerfen und nicht vorhandenes anerkennen muss, so scheint es sich unwiderleglich zu zeigen, dass sich das Dasein eines Anspruchs und die richterliche Pflicht zur Gewähr von Rechtshülfe nicht decken.

Untersuchen wir zunächst den ersten der gedachten möglichen Fälle. Es kann kommen, dass das Verlangen des Berechtigten nicht berücksichtigt werden darf. Die Gründe hierfür können der verschiedensten Art sein. So z. B. weil sich der Berechtigte an das unzuständige Gericht gewendet oder weil er im Anwaltsprocesse persönlich sein Anbringen gemacht oder mündlich geklagt hat, wo er eine Klagschrift hätte einreichen sollen. Dass hier der Kläger, obschon ihm ein Anspruch zusteht, mit seinem Verlangen zurückzuweisen sei, ist nicht zu bestreiten. Aber hier zeigt sich auch der Grund der nothwendigen Zurückweisung klar. Ist auch der Kläger durch eine Norm geschützt und ist ihm auch ein Mittel zur Erlangung des Erfüllungszwangs, ein Anspruch, gegeben, so besteht dies Mittel doch nicht in jedwedem, irgendwo und irgendwie zu stellenden Verlangen. So wenig dem Anspruchsinhaber geholfen wird, der überhaupt kein Begehren stellt, so wenig nützt ihm ein dem Rechte nicht entsprechendes Gesuch. Das Mittel behufs Erlangung der Rechtshülfe ist, wie es von der Rechtsordnung verliehen wird, von dieser auch seiner Art nach bestimmt. Es besteht in dem obigen Falle zuvörderst in der Einreichung einer Klagschrift bei dem competenten Gerichte durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt. Wählt der Anspruchsinhaber eine andere Form, so ist er mit seinem Begehren zurückzuweisen — aber nicht trotz erhobenen, sondern wegen nicht erhobenen Anspruchs. Sein Anspruch besteht in der

ihm durch die Rechtsordnung gewährten Möglichkeit, den Richter zur Gewähr von Rechtshülfe zu verpflichten. Von dieser Möglichkeit hat er keinen Gebrauch gemacht, wenn er die physische Handlung nicht vornahm, von deren Eintritt die dem Richter geltenden Imperative abhängig gemacht sind. — Nicht anders liegt aber die Sache, wenn der Kläger ein Verlangen nach Rechtshülfe stellt, ohne dasselbe thatsächlich zu begründen — oder wenn er umgekehrt Thatsachen vorbringt, welche ein gewisses Begehren rechtfertigen würden, ohne aber ein solches zu stellen. Nicht anders endlich, wenn er weiterhin im Processe nicht erbringt, was er zu erbringen hat, damit der Richter zur Verurtheilung und endlich zur Execution verpflichtet werde: wenn er z. B. nicht beweist, was er beweisen muss oder zugesteht, was er nicht einräumen darf, wenn anders er siegen will. Es genügt nicht, dass Kläger vor dem zuständigen Gerichte in gehöriger Form sein Begehren stelle und hinlänglich begründe. Will er zum Ziele kommen, so darf er sich nicht nach erhobener Klage zur Ruhe setzen, in der Meinung etwa, der Richter werde schon die Wahrheit seines Vorbringens und den Ungrund etwaiger beklagtischer Einreden erforschen und schliesslich mit Darbringung des Executionsobjects ihn überraschen. Fort und fort treffen ihn weitere processualische Pflichten [12]). Lässt er die Sache beruhen und auf das Einredevorbringen des Beklagten einen Contumacialbescheid gegen sich er-

[12]) Es mag übrigens dahingestellt bleiben, ob diese sog. processualischen Pflichten sämmtlich wirkliche Pflichten sind — d. h. ob wirklich die Rechtsordnung befiehlt, dass der Kläger beweise etc. Die Mehrzahl der in Frage kommenden Handlungen scheint mir nur die rechtliche Vorbedingung für die zu gewährende Rechtshülfe zu sein, ohne dass ihre Vornahme zur Rechtspflicht erhoben wird. Unterlässt Kläger ihre Vornahme, so handelt er zwar nicht so, wie er handeln muss, um die Imperative auszulösen, welche dem Richter Rechtshülfe zu leisten gebieten — aber er verletzt keine Rechtspflicht.

gehen; oder gesteht er unklugerweise eine Einrede zu; oder vermag er nicht zu beweisen, was zu beweisen ihm obliegt [13]: so wird er freilich mit seinem Klaggesuche zurückzuweisen sein [14]. Aber wiederum nicht, trotzdem er einen begründeten Anspruch erhoben, sondern weil er dies nicht gethan hat [15]. Es war ihm die Art und Weise bezeichnet, wie er den Richter zur Gewähr von Rechtshülfe verpflichten konnte. Hat er von dem ihm gewährten Mittel keinen Gebrauch gemacht, sei es nun, dass er es nicht wollte, sei es, dass er es nicht vermochte, so darf ihm freilich keine Rechtshülfe werden. Denn sein Anspruch besteht in der Möglichkeit, nicht so wie es ihm beliebt, sondern so wie es die Rechtsordnung vorschreibt, den Richter zur Gewähr von Rechtshülfe zu verpflichten. Diese Möglichkeit aber hat der Kläger in den gedachten Fällen nicht benutzt. — Fasst man die Sache so auf (und ich glaube, dass man dies darf), dann schwindet jener scheinbare Widerspruch völlig. Niemals ist dann ein begründeter Anspruch zu verwerfen. Thut der Berechtigte das, was

---

[13]) Kann er nicht beweisen, so ist dies ähnlich dem Falle, wo er nicht zu klagen vermag — weil er z. B. nicht schreiben kann oder keinen Anwalt findet oder das zuständige Gericht nicht kennt. Will er nicht beweisen, so steht dies gleich dem Falle, da er nicht klagen will.

[14]) Bedeutungslos für die vorliegende Frage ist es, dass in den letztgedachten Fällen das zurückweisende Urtheil allerdings Einfluss auf den Anspruch übt, indem Kläger denselben verliert. Es beweist dies nicht etwa, dass dennoch der Anspruch erhoben worden war. Wie der Berechtigte seinen Anspruch durch Verjährung verliert, obschon (oder vielmehr weil) er von demselben keinen Gebrauch gemacht hat, so büsst er auch durch Consumtion seinen Anspruch ein, obschon (oder ebenfalls weil) er ein falsches Mittel erwählt hat.

[15]) Will man indessen (wozu unser Sprachgebrauch neigt) das richtig gestellte Klaggesuch bereits als Anspruchserhebung bezeichnen, so würde sich das Gesagte nur wenig ändern. Der Anspruch wäre dann das Mittel, sich Rechtshülfe zu verschaffen, unter gewissen weiteren von der Rechtsordnung bestimmten Voraussetzungen, vornehmlich unter der des eventuellen Beweisens.

ihm zur Erlangung von Rechtshülfe zu thun obliegt, und kommt auch der Richter seinen Verpflichtungen nach, so muss dem Berechtigten die Rechtshülfe zu Theil werden. Letztere ist sonach allerdings von dem Dasein des Anspruchs und von der Erhebung desselben bedingt. Ein Verlangen nach Rechtshülfe freilich, welches nach Form oder Inhalt oder nach dem weiteren Verhalten des Klägers den Erfordernissen der Rechtsordnung nicht genügt, ist nicht als die Erhebung eines begründeten Anspruchs zu betrachten. Die gegentheilige Behauptung würde auf einer fälschlichen Identificirung von Anspruch und Normenschutz oder von Anspruch und Rechtshülfeverlangen beruhen.

Für meine These genügt es vollkommen, wenn mir der Nachweis geglückt ist, dass die Zubilligung eines Anspruchs [16]) Seitens der Rechtsordnung immer und stets die Gewähr eines Mittels bedeutet, durch ein gewisses Verhalten — vornehmlich durch Klagerhebung und eventuellen Klagbeweis — ein staatliches Organ, insbesondere den Richter, zur Leistung von Rechtshülfe zu verpflichten. Dass der Richter zu letzterer lediglich durch Erhebung eines Anspruchs verbunden werde, behaupte ich nicht. Ich gebe zu, dass der Richter in die Lage kommen kann, ohne Vorhandensein eines Rechts und sonach eines Anspruchs auf Seiten der Klägerschaft den Beklagten verurtheilen zu müssen [17]). Welche Erwägungen die Rechtsordnung zu

[16]) Natürlich immer noch lediglich im Hinblick auf die § 3 besprochene zweite Form des Anspruchs.

[17]) Wer z. B. kein Darlehn empfangen hat, ist auch nicht zur Rückzahlung eines solchen verpflichtet. Ihn trifft das Gebot der Darlehnsrückzahlung nicht und kein Anderer hat mithin im Falle der Nichtzahlung einen Anspruch. Eine Klage, welche fälschlich auf ein gegebenes Darlehn sich stützt, enthält mithin nicht die Erhebung eines Anspruchs. Trotzdem muss der Beklagte verurtheilt werden, falls er die Klagthatsachen einräumt. Und ist er rechtskräftig verurtheilt, so trifft den Beklagten nunmehr jedenfalls eine Norm (wenn man ihn

einer derartigen Bestimmung bewogen haben, ist hier nicht der Ort zu untersuchen. Das Wesen des Anspruchs wird durch diese Thatsache in keiner Weise berührt.

5. Die Annahme eines Zusammenhangs zwischen Privatrecht und Rechtshülfe hat in jüngster Zeit den lebhaftesten Widerspruch erfahren. Im Anschlusse an die neuen Ergebnisse, zu denen DEGENKOLB in seinen soeben erscheinenden geistvollen Untersuchungen gelangt [18]), stellt SOHM die allerdings weit radicaleren und, wie ich glauben möchte, zum Theil recht gewagten Sätze auf [19]):

> » - Das Forderungsrecht (enthält) kein Zwangsrecht gegen den Schuldner in sich. - - - So verbreitet die Ansicht ist, welche die Actio im materiellen Sinne, das »Recht zu klagen« für einen Bestandtheil des Privatrechts, oder für eine blosse Erscheinungsform des Privatrechts erklärt, so entschieden beruht sie auf einem Irrthum. - «
>
> »Das »Recht zu klagen« (actio im materiellen Sinne) »kann auf doppelte Weise gedacht werden, auf eine klare und auf eine unklare Weise.«
>
> »Auf die klare Weise hat BEKKER die actio gedacht. Sein »actione teneri«, welches ihm mit »obligatum esse«, also mit Existenz eines Forderungsrechts identisch ist, bedeutet ihm - - - die Einlassungspflicht, die Pflicht, auf die erhobene Klage zu antworten und sich

nicht vom Augenblicke seines einwandlosen Zugeständnisses an für verpflichtet ansehen will): die Norm nämlich, das Judicat zu erfüllen. Zugleich hat der Kläger behufs Erzwingung dieser Norm einen Anspruch, welcher sich in der rechtlichen Möglichkeit offenbart, durch Executionsanträge den Richter zur Zwangsvollstreckung zu verpflichten.

[18]) DEGENKOLB, Einlassungszwang und Urteilsnorm, 1877. — Betreffs des zeitlichen Verhältnisses dieses Werkes zu dem Aufsatze SOHM's vgl. mein Vorwort.

[19]) SOHM, der Begriff des Forderungsrechts, in GRÜNHUT's Zeitschrift IV (1877) S. 457 fg. Die citirten Aussprüche finden sich S. 462. 464—470

zu vertheidigen. - - Es ist aber klar, dass diese Einlassungspflicht weder für die römische, noch für die heutige Auffassung unter privatrechtlichen Gesichtspunkt fällt. Die Pflicht zum judicium suscipere, welche jedem, auch dem materiell unberechtigten, Klagebegehren gegenüber begründet ist, - - trifft den Beklagten als Unterthan der Staatsgewalt kraft öffentlichen Rechtssatzes, nicht als Schuldner seines Gegners. - - Die Pflicht zur Einlassung dient nicht dem Egoismus des Klagenden, sondern der Ethik der Rechtsordnung. - - «

»Gewöhnlich wird das Klagrecht (»jus persequendi in judicio quod sibi debetur«) auf eine andere, unklare Weise gedacht. Das Klagrecht im materiellen Sinne pflegt nicht als das processualische Recht der Klagerhebung schlechtweg, sondern als das materielle Recht zu erfolgreicher Klagerhebung vorgestellt zu werden. Mit dem Recht zu klagen ist das Recht auf Condemnation gemeint. Diese Vorstellung ist eine unklare, weil mit dem Recht zu klagen nicht das Recht zu klagen, nämlich nicht ein Recht zu eigner Handlung, sondern ein Recht auf fremde Handlung, auf die richterliche Handlung, gemeint ist. Ein Recht auf die richterliche Handlung der Verurtheilung ist aber dem Kläger überall nicht zuständig - - -. Vor Allem ist das Recht auf Condemnation überhaupt kein Ausfluss des etwa dem Kläger zuständigen Privatrechts, weil das Dasein des klägerischen Privatrechts nicht einmal eine Bedingung, geschweige denn eine Ursache der Condemnation ist. Vielmehr ist die materielle Berechtigung des Klägers für die Verurtheilung des Beklagten weder nothwendig - - noch genügend - -. Die Pflicht des Richters zur Verurtheilung hat ihre eigenen, und zwar processualischen, d. h. öffentlich-rechtlichen, und

zwar nur öffentlichrechtlichen Bedingungen. - - -
Das Klagerecht ist nicht eine Entfaltung des materiellen Rechts, weil das Klagerecht als Recht auf Einlassung wie als Recht auf Condemnation von dem Privatrecht unabhängig ist.«
Ebensowenig schliesst »das Privatrecht - ein Recht zur Execution in sich. - - Was in der Execution ausgeübt wird, ist - - nicht das Privatrecht; vielmehr bedeutet die Execution die Unmöglichkeit, das Privatrecht auszuüben. Was in der Execution thätig wird, ist die überlegene Energie des öffentlichen Rechts. - - -
Die gerichtlichen Gewalthandlungen, mögen sie den Schuldner zur Erbringung der Handlung nöthigen, oder mögen sie die schuldnerische Handlung ersetzen, stehen, vom Standpunkt des Privatrechts aus gesehen, mit dem Recht des Gläubigers in Widerspruch -«.

Diese neue Lehre, deren wesentlichste Begründung ich nicht genauer wiedergeben zu können glaubte, als mit den eigenen Worten Sohm's, nöthigt mich zu längerem Verweilen. Ist es doch für die Begriffsbestimmung des subjectiven Rechts (und vornehmlich des subjectiven Privatrechts) von fundamentalster Bedeutung, ob man der Beweisführung Sohm's zustimmen muss oder nicht. Der Gegensatz zwischen dieser und der hier vertretenen Auffassung kann kaum grösser und schärfer gedacht werden. Während mir der Normenschutz allein dadurch zum Rechte des Geschützten wird, dass diesem zwecks Erzwingung der seinem Interesse dienenden Norm ein Anspruch zu Gebote steht, und letzterer [20]) mir wiederum als die von der Rechtsordnung gewährte Macht erscheint, durch ein Vorgehen bestimmter Art sich die Hülfe der Gemeinschaft zu sichern:

---

[20]) Abgesehen auch hier noch von der in § 2 constatirten einen Form des Anspruchs.

scheidet SOHM gerade das, was ich für das Kriterium des subjectiven Rechtes halte und was nach der bisherigen Lehre sowie nach der eigenen früheren Ansicht SOHM's [21]) wenigstens eine Seite desselben bildete, die Möglichkeit nämlich, sich Rechtsschutz zu verschaffen, kurz das, was man bald actio bald Klagrecht bald Anspruch benennt, aus dem Begriffe des subjectiven Privatrechts aus.

In einem Punkte freilich muss ich den Ausführungen SOHM's vorbehaltlos beitreten. Die Imperative, welche den Richter zur Einleitung des Processes (mithin nach dem heute noch geltenden gemeinen Processrechte [22]) zunächst zur Ausfertigung auf die Klage) verpflichten, sind von dem Dasein eines materiellen Rechtes auf Seiten der Klägerschaft unabhängig. Zur Auslösung dieser Imperative ist es mindestens im Ordinarprocesse genügend, wenn der Kläger Thatsachen vorträgt, welche ihr Wahrsein vorausgesetzt das gestellte Gesuch zu rechtfertigen vermögen. Hier ist es mithin nicht das vorhandene, sondern allein das behauptete Recht, welches den Richter zum ersten Vorgehen bestimmen soll. Und ebenso ist auch die Einlassungspflicht [23]) des Beklagten von der Existenz eines

---

[21]) SOHM, die Lehre vom subpignus (1864) S. 11.

[22]) Künftighin die Verpflichtung des Gerichts, den Termin zu bestimmen — oder genauer, die des Gerichtsschreibers, die Klagschrift vorzulegen, und die des Vorsitzenden des Gerichts, den Termin zu bestimmen: § 193. 233. 458 der Reichscivilprocessordnung.

[23]) Ich glaube, dass auch nach den Anschauungen des neueren Processes von einer Verpflichtung des Beklagten, sich einzulassen, gesprochen werden darf. DEGENKOLB, a. a. O. S. 15 fg. Mit anderen Worten, es ist nicht nur dem Beklagten die Möglichkeit gegeben, durch Ableugnen der Klagthatsachen den Kläger zum Beweis zu drängen, so dass der Beklagte wie mit seinen Einreden, so auch mit seiner Klagverneinung zu präcludiren wäre. Der Beklagte ist vielmehr zu einer (subjectiv wahrhaftigen) Klagbeantwortung rechtlich verbunden. Kommt er dem Gebote, sich einzulassen, nicht nach, so trifft ihn allerdings h. z. T. keine Strafe mehr (auch die eventuelle oder Wahl-Strafe DEGENKOLB's S. 19. 21 scheint mir unconstruirbar zu sein). Noch

materiellen Rechts auf Seiten des Klägers nicht bedingt. Versteht man mithin unter Klagrecht die Befugniss, durch die physische Handlung der Klagerhebung den Richter zu der ersten Ausfertigung auf die Klage und mittels der richterlichen Auflage weiterhin den Beklagten zur Einlassung auf die Klage zu verpflichten: so steht ein derartiges Klagrecht in der That nicht bloss demjenigen zu, der auch materiell der Berechtigte ist. So verstanden enthält das Klagrecht eine Befugniss, welche wohl ihrem allgemeinen legislatorischen Zwecke nach, nicht aber auch in ihrer jedesmaligen Anwendung dem materiellen Rechte dient [24]). Zwar wird man immer noch die Erhebung einer begründeten Klage von frivoler Klaganstellung scheiden können. Denn für beide Parteien wird im Processe die Rechtspflicht subjectiver Wahrhaftigkeit aufgestellt werden müssen [25]). Und sonach wird es normwidrig sein, auf Grund erfundener Thatsachen eine Klage zu erheben. Die Macht, den Richter zum ersten Einschreiten zu verpflichten, kommt auch der erdichteten Klage zu; nur würde die Einreichung einer solchen zugleich eine Normwidrigkeit enthalten. Selbst dieser Unterschied schwindet aber, wenn wir eine objectiv begründete Klage mit einer solchen vergleichen, welche auf Grund unwahrer Thatsachen, jedoch in gutem Glauben erhoben wird. Zwischen diesen besteht zunächst nicht die mindeste Differenz: beide rufen in nicht norm-

---

auch wird der Beklagte etwa zur Einlassung gezwungen. Wohl aber wird das mögliche klägerische Interesse an der wahrheitsgemässen Klagbeantwortung kurzer Hand durch den Rechtssatz gewahrt, dass die Klagthatsachen nunmehr als zugestanden gelten sollen. Vgl. Abschnitt I § 9 S. 39.

[24]) Degenkolb, a. a. O. S. 9. 31. 34. 37. 39. 40: » - - Klage gewähren - - heisst: sie dem behaupteten, nicht dem existenten Anspruch zur Verfügung stellen, weil sie sonst im Grund allen Sinn, weil allen Zweck verliert.«

[25]) So überzeugend Degenkolb, a. a. O. S. 42 fg.

widriger Weise die Verpflichtung des Richters zum ersten Einschreiten hervor.

Die richterliche Pflicht zur ersten Einleitung des Processes sowie zur weiteren Fortführung des Verfahrens wird schon durch die Behauptung eines klägerischen Rechtes begründet. Allein diese richterliche Thätigkeit ist streng genommen noch nicht Rechtshülfe zu nennen: sie bildet erst die Vorbereitung einer solchen[26]). Und dies ist das Moment, welches SOHM, wie ich meine, nicht hinlänglich würdigt. Die processleitende Thätigkeit des Richters ent-

[26]) Auch im Strafprocesse hat der Staatsanwalt mit seinem Einschreiten nicht erst zu warten, bis er die volle Ueberzeugung von der Schuld eines Menschen gewonnen hat. Der Verdacht eines begangenen Verbrechens, möglicherweise erweckt durch die Denunciation eines unbescholtenen Dritten, ist genügend, um den dazu berufenen staatlichen Organen Recht und Pflicht zum ersten Angriff zu geben. Und doch kann schon dies erste Vorgehen den schuldlos in Verdacht Gekommenen empfindlich treffen und schädigen. Eines Verbrechens beschuldigt werden, enthält zumeist für den Beschuldigten ein Uebel. Aber zur Strafe im Rechtssinne wird es nie, da die Rechtsordnung das Uebel nicht zu dem Zwecke verhängt, damit es als solches empfunden werde. Die gesammte Untersuchung bis zum Erkenntnisse soll nur die Frage spruchreif machen, ob gestraft werden könne und müsse. — Aber auch die Strafe selbst, könnte man sagen, ist nicht an dem Verbrecher zu vollziehen. Zu bestrafen ist der rechtskräftig Verurtheilte, zu verurtheilen ist der von den Geschworenen Schuldiggesprochene, das Schuldig ist auszusprechen über den Angeklagten, welchen mehr als 7 Geschworene nach dem Gesammtergebnisse der ihnen vorgeführten Beweise für überführt erachtet haben, in Anklagestand zu versetzen war endlich der hinlänglich Verdächtige: kein einziger dieser Acte richtet sich gegen den Verbrecher als solchen. Und wohl ist es möglich, dass im einzelnen Falle der Schuldige straflos ausgeht, und möglich auch, dass hin und wieder ein Schuldloser bestraft wird. Sobald der Wille des Gesetzes durch Menschen vollzogen werden soll, ist ein Irren derselben nicht ganz zu vermeiden. Allein es wäre der trostloseste Gedanke, wenn man sich um dieser möglichen Fehler willen gezwungen sähe, den Strafprocess lediglich als Gesammtinstitution als zur Bestrafung der Uebelthäter bestimmt gelten zu lassen, zwischen den einzelnen Bestrafungen aber und den Verbrechen jeden inneren Zusammenhang zu leugnen.

hält noch keinen Erfüllungszwang. Ein solcher beginnt erst in und mit dem Enderkenntnisse [27]), welches den Beklagten verurtheilt. Dieses aber ist keineswegs zu Gunsten des bloss behaupteten Rechts zu fällen. Hat der Beklagte die Klagthatsachen geleugnet oder auch nur mit Nichtwissen beantwortet [28]), so hat der Kläger, bevor er Rechtshülfe erlangt, den Grund seiner Klage zu erweisen. Und da der Beweis dem Gerichte geführt wird, der Richter aber staatliches Organ ist, so heisst dies, es müsse der Staat, bevor er Rechtshülfe gewähre, in seinen hierzu bestimmten Organen vorerst die Ueberzeugung von dem Dasein des materiellen Rechtes gewinnen. Damit ist aber der Zusammenhang zwischen Recht und Rechtshülfe wieder hergestellt, der bei Einleitung des Verfahrens allerdings unterbrochen war. Ueberall, wo nach Ansicht des Staats materielles Recht geltend gemacht wird, hat Rechtshülfe einzutreten. Der Satz wäre noch leichter darzuthun, wenn dem Richter volle Freiheit gelassen wäre, sich seine Ueberzeugung von dem Dasein oder Nichtdasein eines klägerischen Rechtes beliebig zu bilden [29]). Aber freilich, es vermag »kein Processrecht eine absolute Beweisanarchie

[27]) Nicht bloss insofern, als das rechtskräftige Erkenntniss unter Umständen die Vollstreckung bereits in sich fasst und abschliesst (vgl. § 779 der Civilprocessordnung): sondern weil in jeder Verurtheilung der Ausspruch liegt, dass der Beklagte einer Norm nachzukommen verpflichtet sei, und weil dieser Ausspruch bereits dem Wollen des Beklagten einen neuen Impuls zu geben beabsichtigt. Erst wenn auch dieser Impuls nichts fruchtet (oder nichts fruchten kann), kommt es zu weiteren Schritten.

[28]) Gesteht der Beklagte die Klagthatsachen zu, so gilt das oben S. 234 Gesagte.

[29]) Denn entweder der Richter bildet sich pflichtmässig eine Ueberzeugung und legt diese seinem Urtheile zu Grunde: dann ist auch das also Erkannte nach der Ueberzeugung des Staats (d. h. der dazu berufenen staatlichen Organe) dem materiellen Rechte entsprechend. Oder der Richter thut dies nicht: dann handelt er normwidrig — und die Möglichkeit eines solchen Vorkommnisses alterirt den Satz nicht im

d. h. den Verzicht auf (die) ihm unveräusserlich zukommende Normirung des Processverhältnisses zu ertragen«[30]). Wird auch dem Richter im Allgemeinen die Würdigung des geführten Beweises überlassen: eine gesetzliche Regelung der Beweislast, eine Begrenzung der Beweisfristen, eine Aufstellung einzelner Beweisvermuthungen wird kein geordnetes Recht entbehren können. Und mit jedem solchen Satze wird allerdings das Mittel des Berechtigten, sich Rechtshülfe zu verschaffen, verändert. Statt dass ihm überlassen bleibt, den Richter, wie er mag, zu überzeugen, wird ihm nunmehr gesagt, was er zu thun habe, damit der Richter den Beweis als geführt ansehen könne und müsse. Immer aber ist dem Berechtigten ein Mittel zur Verfügung gestellt, durch dessen Gebrauch er sich den Erfüllungszwang sichern kann. Dass er factisch nicht stets in der Lage ist, dies Mittel benutzen zu können, ändert an der Thatsache nichts, dass ihm die Rechtsordnung dasselbe gewährt — und zwar um seines materiellen Rechtes willen gewährt.

Wenn aber endlich Sohm auch in der Execution eines (materiell gerechtfertigten) Erkenntnisses einen Vorgang erblickt, in welchem lediglich die Energie des öffentlichen Rechts thätig werde und der mithin niemals Vollstreckung d. h. Realisiren des Privatrechts sei, mit welchem letzteren vielmehr die gerichtlichen Executionshandlungen geradezu in Widerspruch ständen: so vermag ich diesen Argumentationen noch weniger zu folgen[31]). Ich sehe nicht, wie man Privatrecht und staatliches Vorgehen in einen derartigen Gegensatz bringen kann. Der allgemeine Wille, vornehmlich das Gesetz, begründet auch das Privatrecht.

Mindesten, dass der Richter verpflichtet sei, dem materiellen Rechte Hülfe zu bringen. Vgl. oben S. 229.

[30]) Degenkolb, a. a. O. S. 11.

[31]) Gegen Sohm auch Degenkolb a. a. O. S. 119. 123 A. 1. S. 126.

Ein Forderungsrecht haben besagt, dass dem Berechtigten ein Anderer kraft Rechtssatzes zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet sei [32]). Wenn nun diese Verpflichtung durch die Verurtheilung und durch obrigkeitliche Auflagen in der Executionsinstanz zu einer fühlbareren gemacht wird, so liegt darin wohl eine Steigerung oder, genauer gesprochen, eine Wiederholung und Einschärfung der Verpflichtung, nicht aber ein Widerspruch mit dieser letzteren selbst. Die richterliche Verurtheilung spricht aus, dass ein Gebot der Rechtsordnung den Beklagten treffe, und erneuert dergestalt den allgemeinen Imperativ speciell dem Beklagten gegenüber. Und ebenso treten die Auflagen in der Executionsinstanz nur verstärkend hinzu. Wohl liegen mehrere Befehle vor, allein sämmtlich auf das nämliche Ziel gerichtet. Und ist sonach ihr Inhalt der gleiche, so sehe ich nicht, worin der Widerspruch liegen soll. Wird aber schliesslich von der Handlung des Schuldners abgesehen und der Zustand, den das Gebot zunächst mittels der Handlung des Verpflichteten herbeizuführen erstrebte, nunmehr auf andere Weise hergestellt [33]): so treten auch diese gerichtlichen Gewalthandlungen nicht mit dem Privatrechte, das sie schützen wollen, in Widerspruch. Denn

---

[32]) So nach der herrschenden Ansicht. Meinerseits erfordere ich, damit die Verpflichtung des Einen zugleich das Recht eines Anderen begründe, dass letzterem ein Mittel behufs Realisirung jenes Imperativs (ein Anspruch) gewährt sei. Auch wenn man das subjective Recht (hier das Privatrecht) also fasst, treten Urtheil und Vollstreckung nicht mit ihm in Widerspruch. Beide sind abhängig von dem Verlangen des Berechtigten — jenes muss in der Klage, diese im Executionsantrage begehrt worden sein. Im Gegentheil, darin zeigt sich eben das eigene Recht des Normgeschützten, dass er behufs Herbeiführung des durch die Norm erstrebten Zustands die das Gericht treffenden Imperative beliebig spielen lassen und wieder unterbrechen kann.

[33]) Sei es durch die Handlung staatlicher Organe (z. B. §. 769—772 der Civilprocessordnung) oder durch die Handlung dritter Privatpersonen (§ 773 ebenda).

von vornherein sollte dem Berechtigten nur jener Zustand werden, der seinen Interessen zu entsprechen schien; die Handlung des Schuldners war der Rechtsordnung nur das nächste Mittel zu diesem Zwecke. Darum erlischt auch ausserhalb des Processes die Verpflichtung des Schuldners, falls der Gläubiger auf irgend welche Weise das erlangt, was ihm gebührt.

6. Die hier vertretene Auffassung des Anspruchs als eines von der Rechtsordnung gewährten Mittels, sich Rechtshülfe zu verschaffen, bleibt völlig unberührt von der Frage, ob dem Inhaber eines Privatrechts ein »Recht auf Condemnation« zugesprochen werden darf [34]). Mir genügt es, wenn anerkannt wird, dass dem Privatberechtigten die Macht verliehen sei, sich Condemnation zu erwirken. Diese Macht ist keineswegs mit einem Rechte auf Condemnation identisch [35]). Zu einem solchen würde sich die den Richter treffende Verpflichtung zur Rechtshülfe erst dann erweitern, wenn dem Kläger wiederum ein Mittel verhiessen wäre, die Erfüllung jener Richterpflicht zu erzwingen. Es ist dies übrigens zum Theil wenigstens der Fall. Dem Kläger steht in der That ein öffentliches Recht gegen den Richter zu und demgemäss ein öffentlich-rechtlicher Anspruch. Mit der querela denegatae vel protractae iustitiae kann er zu-

[34]) Der von Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen (1876) S. 32 gegebenen Definition: »Die actio ist das private Recht auf Condemnation, welches der iudex durch die Condemnation anerkennt und verwirklicht«, gegen welche Sohm sich wendet, vermag auch ich nicht beizutreten. Gegen Lenel vgl. auch Brinz, Kritische Vierteljahrsschrift XVIII (1876) S. 572 und Degenkolb a. a. O. S. 38.

[35]) So wenig wie die Befugniss der Ermächtigung zu strafrechtlicher Verfolgung ein Recht auf Bestrafung in sich schliesst — oben S. 138. Auch der Anspruch in seiner hier besprochenen Gestalt ist eine Befugniss, die sich aber von anderen Befugnissen (vgl. Abschnitt VII § 5 fg.) durch ihren Zweck und durch ihre ganze Theorie so wesentlich unterscheidet, dass sie eine besondere Bezeichnung, die als »Anspruch«, erfordert.

nächst die einleitenden Schritte und endlich auch die Fällung eines Urtheils erzwingen. Freilich nicht die Ertheilung eines ihm günstigen Urtheils. Denn die Norm, die an den Richter ergeht, befiehlt diesem nur, sich gewissenhaft eine Rechtsüberzeugung zu bilden und dann gemäss derselben zu erkennen. So bleibt das Wie des Urtheils zunächst dem Richter überlassen. Missbraucht dieser jedoch seine Gewalt durch falsche Entscheidung, so ist der Benachtheiligte auch dem gegenüber nicht schutzlos. Die Appellation zwar, was Sohm betont[36]), ist keine Klage gegen den Richter. Sie ist die von der Rechtsordnung gewährte Befugniss zur Herbeiführung nochmaliger Prüfung und Entscheidung. Allein die Syndicatsklage beweist, dass der Richter, welcher pflichtwidrig erkannt hat, der hierdurch benachtheiligten Partei zur Schadloshaltung verbunden ist. Und diese secundäre Obligation ist wiederum ein sicheres Zeichen dafür, dass der Richter auch den Parteien gegenüber für gewissenhaftes Urtheilen haftet.

7. Aus dem Begriffe des privaten Rechts sucht Sohm gerade das auszuscheiden, was mir als das Wesentliche eines jeden subjectiven Rechtes gilt. Von vornherein lässt sich daher annehmen, dass das, was nach Sohm's Ansicht als das Recht des Einzelnen schliesslich verbleibt, von meinem Standpunkte aus sich nur als inhaltleeres Nichts darstellen kann.

Die Probe hierauf ist leicht zu machen. Als private Rechte lässt Sohm nur die dinglichen und die Forderungsrechte gelten[37]). Den ersteren verbleibt nach Sohm aller-

---

[36]) a. a. O. S. 467: »Ein Recht auf die richterliche Handlung der Verurtheilung ist aber dem Kläger überall nicht zuständig, weil der Richter zum gerechten Urtheil nicht der Partei (sonst müsste die Appellation eine Klage gegen den Richter sein), sondern nur dem Gemeinwesen kraft öffentlichen Rechts verpflichtet ist.«

[37]) Hiergegen oben Abschnitt III § 14 S. 144 fg.

dings noch ein Inhalt: der Genuss des sachlichen Guts [38]). Dass dieser weder als Recht noch als Rechtsausübung angesehen werden darf, werde ich im nächsten Abschnitte speciell zu erweisen suchen. Für das Forderungsrecht aber schwindet jedenfalls aller mögliche Gehalt. Und es gelangt auch SOHM betreffs desselben zu dem Ergebnisse, »dass das Forderungsrecht das Recht auf eine fremde, freie, zukünftige Handlung von Vermögenswerth bedeutet —« eine Definition, welche namentlich auch »die Ohnmacht« ausdrücken soll, in welcher SOHM »das Wesen des Forderungsrechts« erblickt [39]). Nur würde ich noch etwas weiter gehen. Ich wüsste nicht, was uns überhaupt in den Stand setzt, unter solchen Umständen noch von einem Rechte zu sprechen. Jedes Zwangsmittel wird von

[38]) Gegen den Zusammenhang von Forderungsrecht und Rechtshülfe führt SOHM S. 469 auch den Satz in das Feld: »Niemand hat ein ius quaesitum darauf, dass gegen seinen Schuldner gerade diese Art von Zwang, oder dass überhaupt ein Zwang angewandt werde. Da aber alle wahren Rechte iura quaesita d. h. unabhängig von der Fortexistenz des sie erzeugenden Rechtssatzes sind, so ergibt sich zugleich, dass überhaupt ein wirkliches Recht auf Zwang zu Gunsten des Gläubigers nicht existirt -«. Dies Argument, welches meine Auffassung des Anspruchs (Anm. 35) nicht trifft, ist doch äusserst gefährlich für die eigene Ansicht SOHM's betreffs der dinglichen Rechte. Er definirt S. 457: »Das Sachenrecht ist das Recht, handelnd auf eine bestimmte Sache einzuwirken.« Hiernach dürfte kein Gesetz erlassen werden, welches das gegenwärtige »Recht« des Eigenthümers irgend beschränkte. Jedes neue Verbot der Benutzung oder Behandlung der Sache, z. B. das Verbot des Höherbauens oder ein Ausfuhrverbot, würde das wohlerworbene Recht des Eigenthümers verletzen. — Consequenterweise käme man dahin, dass jede neue Norm wohlerworbene Rechte träfe und sonach nicht (wenigstens nicht ohne Entschädigung) erlassen werden dürfe. Denn ein jedes Verbot nimmt das sog. »Recht zum Thun«, ein jedes Gebot das sog. »Recht zum Unterlassen«. Von meinem Standpunkte aus wird durch die neue Norm nur der Genuss sachlicher Güter oder, in den letztgedachten Fällen, der Genuss der persönlichen Freiheit beschränkt, nicht aber ein »Recht« aufgehoben.

[39]) S. 474. 472.

Sohm ausdrücklich ausgeschlossen; auch Mahnen und Fordern ist ihm nicht Inhalt des Rechts. Andererseits kann die Macht des Gläubigers, durch Verzicht oder Uebertragung über sein Forderungsrecht zu verfügen, mit letzterem selbst natürlich nicht identisch sein. So bleibt denn nur noch die nackte Norm, das »Du sollst« oder »Du sollst nicht« der Rechtsordnung, im Interesse eines Andern erlassen, den wir allein um desswillen den Berechtigten oder Gläubiger nennen würden. Nun bin ich gewiss am wenigsten geneigt, Werth und Bedeutung der Norm zu verkennen [40]. Ich bestreite nur, dass der schützende Rechtssatz ohne Weiteres ein Recht des Geschützten begründe. Sonst könnten nnd müssten wir z. B. auch die Vögel als Gläubiger bezeichnen, zu deren Frommen etwa eine städtische Verordnung das Streuen von Futter gebietet. Das Forderungsrecht muss etwas von dem blossen Normenschutz Verschiedenes sein. Aber es fände sich dann für dasselbe kein Inhalt. Es wäre nicht sowohl ein ohnmächtiges Recht, als vielmehr in Wahrheit ein Nichts [41].

[40]) Oben S. 149.

[41]) Nach Sohm S. 458 zeichnet sich die Obligation dadurch von allen übrigen Pflichten aus, »dass sie vererblich ist, d. h. dass sie, und nur sie allein, einen passiven Vermögensbestandtheil - - darstellt«. Auch dieser Versuch, dem Forderungsrechte eine Eigenthümlichkeit zu vindiciren, hält näherer Prüfung nicht Stand. Zunächst sind nicht alle obligatorischen Pflichten vererblich. Eine Reihe derselben, wie das Soll aus dem Auftrage, der Gesellschaft, der Arbeiter-Verdingung, ist (im Gegensatz zu der aus der Uebertretung jener Normen erwachsenen secundären Verpflichtung zur Entschädigung) von ganz persönlicher Art. Andere wieder sind an einen gewissen Zustand geknüpft und treffen den Erben nur dann, wenn sich der obligirende Zustand in seiner Person wiederholt. In solchen Fällen geht die obligatorische Verpflichtung völlig parallel mit der aus einem verletzten dinglichen Rechte, wie z. B. mit der Verpflichtung aus dem Besitze einer fremden Sache. In anderen und, wie ich zugebe, in den meisten Fällen endlich geht das obligatorische Soll allerdings auf die Erben über. Wenn dies aber anders ist bei den das dingliche Recht constituirenden Ver-

8. Noch eine weitere Consequenz hat die Auffassung Sohm's im Gefolge. Kann man nicht vom Forderungsrecht aus zur actio gelangen, so führt auch kein Weg von der actio zum Forderungsrecht. Dann aber ist eine Anschauung aufzugeben, welche den Römern in gleicher Weise wie uns seither als eine selbstverständliche galt. Dann ist es irrig, in der Neuaufstellung einer actio Seitens des Prätors die Schaffung eines (prätorischen) Rechtes zu erblicken. Die neuproponirte actio in personam speciell hätte alsdann kein (prätorisches) Forderungsrecht begründet. Denn die Gewähr einer actio »auf die klare Weise gedacht« soll ja bedeuten, dass derjenige, dem sie zugesprochen wird, einen Anderen zur passiven Klagübernahme zwingen kann [42]). Dieser Zwang aber ist von der Wahrheit des Vorbringens völlig unabhängig, auf Grund dessen die Formel begehrt wird. Dem Anführen gewisser Thatsachen, nicht der Bewahrheitung derselben hat der Prätor Gericht zu ertheilen versprochen [43]). Ein materielles

pflichtungen, so rührt dies nur daher, dass die Vererbung einer Pflicht, die ohnehin einen Jeden trifft, keinen Sinn hat. Und ebenso sind die den Familienrechten entsprechenden Verpflichtungen entweder absolute und treffen sonach einen Jeden — oder sie sind höchst persönlicher Art und um desswillen unvererblich. Vgl. S. 188 fg.

[42]) Bekker, Aktionen I (1871) S. 5. 15. Zustimmend Muther, Krit. Vierteljahrsschrift XV (1873) S. 435; etwas anders früher: Zur Lehre von der Römischen Actio (1857) S. 40. 45, woselbst actio als der publicistische »Anspruch auf Ertheilung einer formula« bestimmt wurde. Gegen Muther vgl. Windscheid, Abwehr S. 23. 38, gegen Bekker s. Windscheid, Pandekten I § 44 N. 5 S. 108: »wenn die Quellen von der actio als einem Vermögensstück reden, so verstehen sie darunter Recht nicht bloss auf richterliche Anhörung, sondern auch auf richterliche Erhörung.« Lenel, a. a. O. S. 29 fg. — Auf den Widerspruch, in welchen Bekker im weiteren Verlaufe seiner Darstellung mit sich selbst tritt, haben bereits Degenkolb a. a. O. S. 40 A. 2. S. 13 A. 2 und Sohm S. 465 A. 16 hingewiesen.

[43]) Wie denn der Prätor, wo er iudicium versprach, »in genauerer Fassung nur die Behauptung, nicht die Existenz des zur Condemnation

Recht und speciell ein Forderungsrecht hätte er alsdann mit Aufstellung der actio an Niemand gewährt. — Oder wollte man gerade diese Anwartschaft auf iudicium als das materielle Recht bezeichnen [44]), dann würde man mit den seitherigen Traditionen noch vollständiger brechen. Dann wäre jeder Rechtsfähige [44a]) nicht bloss in der Lage gewesen, die prätorischen Rechte zu erwerben, sondern er hätte sie sämmtlich zu jeder Zeit gegen jeden Pflichtfähigen [44b]) wirklich gehabt. Denn wer nur immer sei es den Rechtssinn, sei es die Stirn besass, mit gutem oder mit schlechtem Gewissen vor dem Prätor das erforderliche Begehren zu stellen, vermochte damit zu einem iudicium zu kommen. So hätte der Prätor durch jede kraft magistratischer Gewalt neuaufgestellte actio mit einem Schlage neue Rechte allenthalben ausgetheilt. Ein jeder Gläubiger, ja ebenso auch der Nichtgläubiger, hätte z. B. nach Aufstellung der Constitutsformel ein »Forderungsrecht« gegen Jedermann erhalten — ingleichen ein Pfandrecht an dem Hab und Gut sämmtlicher Mitbürger nach Proponirung

---

führenden Thatbestandes als Bedingung bezeichnete«: DEGENKOLB, a. a. O. S. 38. - l. 1 § 1 de dolo 4, 3: »Quae dolo malo facta esse dicentur, - iudicium dabo.« l. 2 § 1 de capite minutis 4, 5: »Qui quaeve - - - capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve - - iudicium dabo.« l. 1 pr. de his, qui effuderint 9, 3: »Si homo liber perisse dicetur, - - iudicium dabo.« l. 1 pr. de calumn. 3, 6; l. 1 § 1 de minoribus 4, 4; l. 1 § 1 ex quibus causis 4, 6; l. 1 pr. si quadrupes 9, 1; l. 1 pr. de servo corrupto 11, 3; l. 1 pr. de aleatoribus 11, 5; l. 2 § 2 de religiosis 11, 7 etc. etc.

[44]) Die von BEKKER behauptete Identität von obligatum esse und actione teneri (Aktionen S. 4 fg.) würde bei seiner Auffassung der actio (Anm. 42) betreffs sämmtlicher (auch der civilrechtlichen) Obligationen zu den oben gedachten Consequenzen drängen. Es versteht sich, dass BEKKER die letzteren nicht zieht; ja, an anderer Stelle (Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX (1870) S. 381 Anm. 2) warnt er selbst vor einer analogen Verirrung.

[44a]) Oder doch mindestens Jeder, der das ius postulandi besass.

[44b]) Oder doch mindestens gegen Jeden, der belangt werden konnte.

der actio hypothecaria. Ich meine, dass diese, wie mir scheint, unabweislichen Consequenzen das Unhaltbare dieser letzteren Alternative hinlänglich darthun. Auch verhält sich die Sache in Wirklichkeit anders. Durch jede neue prätorische actio wurde indirect neues Recht gesetzt: nämlich die Handlung geboten oder verboten, an deren Unterlassen oder Vornahme die actio geknüpft ward. Wer letztere zugesprochen bekam, erhielt eben damit auch ein subjectives privates Recht wider den von jener Norm Betroffenen [45]). Aber nicht jedem war die actio verhiessen, welcher (wenn auch auf Grund unwahrer Behauptungen) zu einem iudicium zu gelangen vermochte. Vielmehr sprechen die Römer nur demjenigen actio zu, dem der Prätor das Mittel gewährt hat, durch den Process hindurch nöthigenfalls zur Condemnation [46]) zu gelangen. Dies Mittel aber ist nur dem gegeben, in dessen Person die sämmtlichen positiven und negativen Voraussetzungen vorliegen, von deren Vorhandensein der Condemnationsbefehl abhängig zu machen ist [47]).

9. Die Zerlegung des Anspruchs in seine Elemente ergiebt nunmehr auch den Beweis eines Satzes, dessen Richtigkeit bisher vorausgesetzt, nicht begründet worden ist. Es ist dies der Satz, dass der Anspruch dem Berechtigten erst mit Eintritt einer Normübertretung erwächst. Stets hat der Anspruch eine Normwidrigkeit zur Voraussetzung. Ist er doch das dem Verletzten gewährte Mittel, den normwidrigen Zustand zu beseitigen.

Der Satz gilt allgemein, für beide Formen des Anspruchs. Wird dem Berechtigten ein eigenes Vorgehen

---

[45]) Windscheid, Pandekten I § 44 N. 5: »man hatte ein Recht, weil man actio, aber nicht actio, weil man ein Recht hatte.«

[46]) Oder zu einer ihm günstigen Pronuntiation.

[47]) Dies scheint mir der richtige Kern in Lenel's Definition; Anm. 34.

gestattet, was ihm vordem verboten war; oder wird ihm von der Rechtsordnung die Macht gewährt, sich auf dem Wege Rechtens Hülfe zu erholen: in beiden Fällen soll der Berechtigte in die Lage gesetzt sein, sich das, was ihm gebührt, zu verschaffen. Eine Veränderung des gegenwärtigen Zustandes zu verlangen ist er aber nur befugt, wenn dieser Zustand dem Rechte nicht entspricht: wenn mithin eine Normwidrigkeit vorliegt, wenn ein Gebot nicht befolgt oder ein Verbot übertreten worden ist. Vordem ist kein Raum da für einen Anspruch.

An einem einfachen Beispiele wird sich das Gesagte erproben lassen. Der Darlehnsempfänger ist bereits verpflichtet, noch ehe der Tag der Rückzahlung gekommen ist. Schon jetzt trifft ihn die Norm, dereinst rechtzeitig zu zahlen. Durch diese Norm ist das Interesse des Gebers am Rückempfang der geliehenen Summe geschützt. Und da die dereinstige Erzwingung des Befohlenen der Initiative des Gebers überlassen wird, sprechen wir schon jetzt von einem Rechte des Geschützten. Allein ein Anspruch steht dem Berechtigten zur Zeit nicht zu. Für jetzt gewährt ihm die Rechtsordnung weder eine erweiterte Freiheit des Handelns noch rechtliche Macht [48]). Der Berechtigte darf weder fordern noch klagen. Eine verfrühte Klage würde zur Zeit abgewiesen werden müssen. Und wenn der Anspruch »das Recht zum Ansprechen, das Recht von einem Andern etwas zu verlangen« [49]) bedeutet, so steht dem Darlehnsgeber ein solches Recht zur Zeit eben nicht zu. Noch hat er nichts von seinem Schuldner zu verlangen. Reden wir zuweilen auch hier schon von einem Anspruche,

---

[48]) Von der ihm zustehenden rechtlichen Macht, über sein betagtes Recht schon jetzt zu verfügen, sehe ich hier um deswillen ab, weil ich diese Befugniss nicht als Ausfluss seines Forderungsrechts betrachte, Vgl. Abschnitt 7 § 1.

[49]) WINDSCHEID, Pandekten I § 43 S. 101.

so identificiren wir in nicht zu billigender Weise den Normenschutz oder das Recht des Darlehnsgebers d. h. seine Aussicht auf künftigen Anspruch mit letzterem selbst [50]). Die Sprache des Rechts ist nicht so reich an technisch verwerthbaren Ausdrücken, dass wir denselben Zustand mit zwei Namen belegen dürften, welchen überdiess nach unserem Sprachgefühl eine verschiedenartige Bedeutung zukommt. Und weiter würde uns dann ein geeigneter Ausdruck zur Bezeichnung des Zustandes fehlen, der dem Berechtigten in der That seinen Gegner auf Erfüllung der Verpflichtung anzusprechen gestattet [51]). Denn der Ausdruck »Klagrecht» erschöpft den Begriff des Anspruchs nicht; der Anspruch kann sich auch in anderer Weise als im Klagendürfen oder Klagenkönnen offenbaren. Es ist daher zugleich sprachlich genauer und zweckdienlicher, die Bezeichnung »Anspruch« auf den Fall zu beschränken, wo wirklich das »Recht zum Ansprechen« erwachsen ist. Mögen wir immerhin inzwischen schon von einem betagten Anspruche reden. Der Zusatz »betagt« lässt dann erkennen, dass zur Zeit eben kein Anspruch [52]) vorhanden ist. Noch

---

[50]) So nennt Lenel, a. a. O. S. 5 das staatliche Gebot »von Seiten des Berechtigten angesehen« Anspruch, von dem er dann die Möglichkeit der Rechtsverfolgung (actio) als »Zwangsbefugniss« ausdrücklich unterscheidet. Aehnlich Degenkolb, a. a. O. S. 56.

[51]) Ueber die Bedeutung des Wortes »Anspruch« vgl. vornehmlich Neuner, Privatrechtsverhältnisse, S. 156 und die daselbst Citirten.

[52]) Namentlich nicht ein Anspruch auf Sicherung. Die Frage kehrt bei dem bedingten Rechte wieder. Hier kann ich nun dem Satze Wendt's, das bedingte Forderungsrecht (1873) S. 11: »Der Inhalt des bedingten Rechtes ist der Anspruch auf Sicherstellung« in dieser Fassung wenigstens nicht zustimmen. Gewiss ist das bedingte (und ebenso das betagte) Recht schon gegenwärtig etwas. Seine Bedeutung liegt in dem bereits jetzt gewährten Normenschutze. Einen Anspruch auf Sicherheitsleistung giebt das bedingte Recht jedoch ohne Weiteres nicht. Es muss ausserdem eine Gefährdung des rechtlich geschützten Interesses hinzutreten. Dann allerdings entsteht die gegenwärtige Verpflichtung zur Sicherstellung und zur Realisation dieses Gebots dient

ist der Tag nicht gekommen, welcher nach der treffenden römischen Auffassung als der Geburtstag des Anspruches gilt [53]).

Ganz entsprechend gestaltet sich das Verhältniss betreffs der absoluten Rechte, welche — wie sämmtliche dinglichen Rechte, die Rechte der Person und die Familienrechte zum Theil — bereits vorhandene Güter gegen Eingriffe Seitens der unbegrenzten Menge zu schützen bestimmt sind. Nehmen wir statt aller das Eigenthum. So lange sich der Eigner im ungestörten Besitze seiner Sache befindet, ist ihm kein Anspruch erwachsen. Ungebetenerweise gewähren ihm die Normen selbst ihren Schutz und es zeigt sich, dass letzterer einstweilen genügt. Des Vorgehens des Berechtigten bedarf es vorerst nicht. Zur Zeit kann er weder fordern noch klagen. Es bewahrheitet sich mithin auch von diesem Standpunkte aus, was früher schon aus anderen Gründen darzuthun versucht wurde: die Nichtexistenz eines Anspruchs gegen Jedermann auf Unterlassung etwaiger Störungen [54]). Ja, es wäre kein Grund vorhanden, statt allein von Normenschutz von einem Rechte des Geschützten zu sprechen, wenn nicht für den Fall der Norm-

---

der Anspruch auf Sicherung. Dass die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, wenn sie auch dem nämlichen Zwecke dient wie die Hauptverpflichtung, doch eine selbstständige ist, mit eigenen Voraussetzungen und mit eigenem Inhalte, zeigen am deutlichsten die Bestimmungen der Wechselordnung Art. 25—29 über den Regress auf Sicherstellung.

[53]) Auch hier möchte ich nicht ohne Noth die Parallele zwischen Anspruch und actio verlassen, wenn mir auch der erstere Begriff der weitere zu sein scheint. Dass nun bei betagten und bedingten Rechten dem Normgeschützten noch keine actio zugesprochen wird, ist bekannt; vgl. § 2 J. de verb. obl. 3, 15; l. 9 pr. de reb. cr. 12, 1 etc. und hinsichtlich solcher Befristungen, welche der Inhalt des Versprochenen naturgemäss mit sich bringt, l. 2 § 6 quod certo loco 13, 4; l. 14. 41 § 1. l. 60. 72 § 2. l. 73 pr. l. 98 § 1. l. 99 § 1 de verb. obl. 45, 1; l. 49 § 2 de fideiussoribus 46, 1. Daher läuft zur Zeit auch noch keine Verjährung: c. 7 § 4 C. de praescr. XXX a. 7, 39.

[54]) Abschnitt IV § 3 S. 156 fg.

übertretung die Herbeiführung des Erfüllungszwangs der Initiative des Interessenten überlassen worden wäre [55]). Um seiner möglichen Ansprüche willen sprechen wir schon jetzt von seinem Rechte. Der Anspruch selbst aber erwächst erst, wenn die schützende Norm übertreten worden ist. Von dem Augenblicke an, wo sich ein Dritter in den Besitz der Sache gesetzt hat, steht dem Eigenthümer sofort die Vindication zu. Von diesem Augenblicke an beginnt daher auch sogleich deren Verjährung.

10. Eine Normwidrigkeit ist die regelmässige [56]) Voraussetzung eines Anspruchs. Erst wenn eine solche vorliegt, hat die Rechtsordnung gegründeten Anlass, zwecks Abstellung derselben zu neuen Mitteln zu greifen. Erst jetzt wird der Berechtigte einzelner Fesseln entledigt, welche bisher sein Verhalten dem Verpflichteten gegenüber banden — und nunmehr erst erwächst den staatlichen Organen die Pflicht, dem Berechtigten auf Verlangen Rechtshülfe zu leisten [56a]). Von dieser Grundlage aus wird sich für eine alte Streitfrage eine befriedigende Lösung finden lassen.

---

[55]) Richtig Degenkolb a. a. O. S. 87: »Das subjective Recht reicht streng genommen nur soweit als die Indifferenz der Staatsgewalt gegenüber dem Eintreten des ihm entsprechenden Erfolges.« Nur sehe ich den Ausdruck der Indifferenz nicht bereits in der Norm selbst, sondern erst in dem Hingehenlassen der Normübertretung, gegen welche der Staat nur auf Verlangen des Verletzten (und nur soweit und solange dieser es verlangt) einschreiten will.

[56]) Eine gewisse Ausnahmsstellung nehmen die bei Anm. 72 besprochenen Ansprüche (und Klagrechte) ein.

[56a]) Kein Einwand hiergegen ist dem Rechtssatze zu entnehmen, dass unzeitig erhobene Klagen die Verurtheilung des Beklagten dennoch zur Folge haben, falls die Normwidrigkeit inzwischen eingetreten ist. Es liegt hierin nur die Anerkennung, dass die wirkliche Rechtshülfe erst mit dem Urtheile beginnt; l. 9 § 5 de pign. act. 13, 7: »Qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi.«

Für die Frage nämlich, ob der Anspruch (oder die actio oder das Klagrecht) zu seiner Entstehung und sonach zu seiner Verjährung eine Rechtsverletzung zur Voraussetzung habe oder nicht. Sie ist unbedingt zu bejahen, in dem Sinne, dass die Entstehung des Anspruchs von einer Normübertretung abhängig ist [57]). Und eine solche mag man füglich als eine Rechtsverletzung d. h. als eine Ver-

[57]) Die hier vertretene Ansicht stimmt im Ergebnisse und in der Begründung mit der von DEMELIUS, Untersuchungen (1856) S. 158 fg., aufgestellten fast völlig überein. Auf die Entgegnung UNGER's, System II § 109 Anm. 11. § 116 Anm. 8. 10. S. 334. 378. 379, welche sich namentlich gegen die »objective Rechtsverletzung« wendet, brauche ich hingesehen auf meine ganzen bisherigen Ausführungen nicht näher einzugehen. Doch trägt DEMELIUS selbst die Schuld, wenn seine Lehre nicht überall den Beifall fand, den sie verdiente. Denn er selbst ist ihr nicht durchgängig treu geblieben, namentlich nicht in dem Punkte, den UNGER wiederholt und mit vollem Rechte angreift. Es betrifft dies die Entscheidung S. 182, wonach DEMELIUS die actio aus dem zu Gunsten des Deponenten betagten Depositum sofort mit der Hingabe entstehen und verjähren lässt, obschon »der Depositar bis zum Eintritte (des dies) aufbewahren müsse«. Hier frägt UNGER mit Recht: »der Depositar, der die Sache pflichtmässig verwahrt und dieselbe vor Eintritt des dies gar nicht zurückgeben darf, soll sich trotz alledem in einem Zustand der Rechtsverletzung befinden?« Zudem würde der Satz auch praktisch zu den grössten Härten führen, wenigstens da, wo kurze (etwa vierjährige) Verjährungszeiten eingeführt sind. Denn wenn Jemand einem Anderen seine Sachen übergiebt, damit sie ihm während einer fünfjährigen Reise aufbewahrt werden möchten, so würde er bei seiner Rückkehr um seinen Anspruch auf Rückgabe gekommen sein. Der Satz ist mit der eigenen Theorie von DEMELIUS ganz unvereinbar. Das Soll aus dem Depositum ist da sicher noch nicht entstanden, wo der Depositar noch gar nicht zurückbringen darf. Das Eigenthümliche des Verhältnisses ist nur, dass der Deponent auch früher schon die Sache zurückfordern und dadurch die Aufbewahrungspflicht des Depositars in eine Rückgabepflicht umwandeln kann. l. 1 § 45. 46. depos. 16, 3. Thut er dies, so trifft nunmehr den Depositar das Soll der Rückgabe und nunmehr steht auch dem Deponenten die actio depositi zu. Für diese Auffassung spricht die Analogie des precarium; vgl. einerseits l. 2 § 2. l. 12 pr. l. 15 pr. de precario 43, 26 und andererseits l. 8 § 7 eodem. S. auch l. 13 § 2 l. 22 pr. l. 24 de operis lib. 38, 1.

letzung des objectiven Rechtes bezeichnen [57]). Ebenso entschieden aber ist die Frage zu verneinen, sofern man unter Rechtsverletzung den Widerstreit mit dem Rechte des Einzelnen versteht und zu diesem wiederum ein Verhalten erfordert, welches zu dem Wollen des Berechtigten in Gegensatz tritt [58]) — sei dies nun eine Verweigerung der schuldigen Leistung auf Anfordern des Berechtigten [59]), sei es auch nur das thatsächliche Ausbleiben der schuldigen Leistung »gegen die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung« des Berechtigten [60]). Die Uebertretung der Norm ist für die Entstehung des Anspruchs genügend. Eines besonderen Widerstreits mit dem Verlangen oder auch nur mit der Erwartung des Berechtigten bedarf es so wenig, dass diesem der Anspruch erwächst, noch ehe er nur Kunde von der Normübertretung erlangt hat [61]).

---

[57]) Wider den Ausdruck »Rechtsverletzung« s. freilich BINDING, Normen I S. 184.

[58]) Ueber den Begriff »Privatrechtsverletzung« und dessen verschiedene Deutungen vgl. vornehmlich UNGER, a. a. O. § 109 S. 326—335. WINDSCHEID, Pandekten I § 122. S. 353 definirt: »Verletzt ist ein Recht, wenn demselben der thatsächliche Zustand gegen den Willen des Berechtigten nicht entspricht.« Wider das »gegen den Willen« vgl. oben S. 175 fg.

[59]) Wie die Rechtsverletzung früher gefasst wurde; hiergegen G. THON, Ueber die Verjährung einer auf Kündigung stehenden Foderung, Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII (1835) S. 36 fg.

[60]) So SAVIGNY, System V S. 285. 292. Hiergegen DEMELIUS a. a. O. S. 157 fg. UNGER, a. a. O. S. 379 Anm. 10.

[61]) Das Verhältniss von Norm und Normübertretung und Anspruch wird ausnehmend klar von MARCIAN in l. 40 de solut. 46, 3 vorgetragen: »Si pro me quis solverit creditori meo, licet ignorante me, adquiritur mihi actio pigneraticia. item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.« Sobald die Voraussetzungen der Norm gegeben sind, trifft ihr Gebot die Pflichtigen (debent). Kommen sie demselben nicht sofort nach (alioquin), so erwächst (nascitur) dem Berechtigten der Anspruch (actio, interdictum) als Mittel der Erzwingung

11. Anspruch und Klagrecht sind keine sich völlig deckenden Begriffe. Denn jenes Wort — wie ich es verstanden sehen möchte — bezeichnet die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung überhaupt und umfasst sonach sämmtliche von der Rechtsordnung hierzu gegebenen Mittel. Das »Klagrecht« dagegen hebt ein einzelnes dieser letzteren heraus: das stärkste zwar und wichtigste von allen, auch das, welches die Rechtsordnung dem Privatberechtigten fast immer verleiht — welches aber dennoch zuweilen dem Privatrechte und sonach auch innerhalb des Anspruches fehlen kann. Das Klagrecht ist das vornehmste in dem Kreise der Rechtsmittel, deren jedes doch den Namen Anspruch verdient. Wo aber das subjective Recht von der Art ist, dass es seinem Träger das Mittel der Klage verleiht, da ist in demselben Augenblicke, in welchem der Anspruch begründet ist, damit auch das Klagrecht gegeben.

Dieser letztere Punkt wird namentlich von WINDSCHEID bestritten. Während unserem Anspruche wie der römischen actio »das Moment der Rechtsverletzung durchaus fremd sei« könne »von einer Klage d. h. von einem sich beim Richter beklagen — nicht eher die Rede sein, bis man Unrecht erlitten habe« [62]. Ja, das Recht zu klagen setze nicht allein eine Rechtsverletzung voraus, sondern auch, »dass in oder nach der Rechtsverletzung ein Widerstreben des Verletzenden gegen den berechtigten Willen zu Tage getreten sei« [63].

(ut possit) — und zwar ganz abgesehen von seinem Wissen und Wollen (licet ignorante me).

[62]) Pandekten I § 44 a. E. N. 4 S. 106.

[63]) Ebenda § 122 S. 354. Vgl. auch die Actio S. 222: »Die Verletzung meines Eigenthums erzeugt - - für mich nicht ein Klagerecht, sondern ein Recht, die Wiederaufhebung der Verletzung zu fordern, und dieses Forderungsrecht gestaltet sich dadurch, dass seine Befriedigung verweigert wird, zum Klagerecht.« Die Actio, Abwehr S. 29. — Ich verstehe WINDSCHEID nur dahin, dass der Anspruch sich nicht in

Nach beiden Seiten hin weicht diese Anschauung von der hier vertheidigten ab. Denn glaube ich einerseits für das Dasein des Anspruchs (oder der actio) [64]) eine Normwidrigkeit erfordern zu müssen, so genügt mir andererseits eine derartige Verletzung des objectiven Rechts, um das Klagrecht des Berechtigten sofort entstehen zu lassen. Dies letztere habe ich noch kurz zu begründen.

Zunächst folgt das Gegentheil keineswegs aus dem Wesen der Klage. Es scheint mir irrig, in dieser (und zwar im Gegensatz zur römischen actio) eine Beschwerde über erlittene Unbill zu erblicken [65]). Immer und stets, auch da, wo sie auf Entschädigung oder Sicherung geht [66]), begehrt sie die Erfüllung einer noch jetzt den Beklagten treffenden Pflicht. »Nicht was die Vergangenheit gegen den Kläger verbrochen, sondern was die Gegenwart an Rechtsgenuss ihm schuldet, bildet den Schwerpunkt der

---

Klagerecht verwandeln, sondern unter den genannten Voraussetzungen die Qualität der Klagbarkeit hinzugewinnen soll. Bleibt doch nach wie vor der Anspruch derselbe, wie sich daran zeigt, dass seine Verjährung durch die Mahnung nicht unterbrochen wird.

[64]) Selbstverständlich spreche ich stets nur von in concreto begründeten Actionen, Ansprüchen und Klagrechten, nicht von den sog. »abstracten« oder »eventuellen«, womit man nur die Anwartschaft auf solche bezeichnet.

[65]) Windscheid beruft sich dafür, dass in dem römischen Begriffe actio die Vorstellung der Verhandlung, in unserem Begriffe Klage die Vorstellung des Sichbeschwerens liege, auf den Gegensatz des römischen und heutigen Sprachgebrauchs: agere cum aliquo und gegen Jemand klagen. Die Verschiedenheit des Ausdrucks ist allerdings sehr bemerkenswerth. Doch möchte sich dieselbe schon äusserlich damit erklären, dass der römische Process mit in ius vocatio und sonach sofort mit einer zweiseitigen Verhandlung begann, während unser deutscher Process mit dem einseitigen Anrufen des Gerichts seinen Anfang nimmt. Künftighin werden auch wir wiederum sagen können: mit Jemand in's Gericht gehen. Lenel, a. a. O. S. 15. — Ueber die etwaigen tiefer liegenden Gründe des Unterschieds vgl. Degenkolb a. a. O. S. 97. 125.

[66]) Oben S. 57. 59. 68.

Klage« [67]). Freilich darf der gegenwärtige Zustand dem Rechte nicht entsprechen, falls eine Veränderung desselben begehrt werden soll. Aber ein Mehr, und zumal ein in der Vergangenheit begangenes Unrecht des Beklagten, setzt die Klage begrifflich nicht voraus. Befriedigung des Klägers ist einziger Zweck, Unbefriedigtsein desselben mithin auch genügender Anlass zur Klage.

Auch wäre nicht abzusehen, warum der vorgängige vergebliche Versuch des Berechtigten, in Güte zu dem Seinen zu kommen, sein Klagrecht erst begründen sollte. So lange ein Gebot nicht erfüllt ist oder ein verbotener Zustand besteht, ist der factische Thatbestand der Norm nicht entsprechend. Vielleicht könnte man meinen, es müsse zu dem objectiven Unrecht zuvor noch das subjective Unrecht auf Seiten des Pflichtigen treten. Doch vermag die Mahnung nicht immer, den Gegner in Schuld zu versetzen, noch bedarf es überhaupt dieser letzteren, wie daraus hervorgeht, dass die Rechtshülfe auch gegen Schuldunfähige gewährt wird [68]).

Und wollte man mit WINDSCHEID für die Entstehung des Klagrechts eine vorgängige fruchtlose Mahnung erfordern, dann würde auch folgerichtig die Behauptung eines an den Beklagten gestellten Verlangens zum Grunde der Klage gehören. Dann hätte der Richter (ebenso wie die unzeitig erhobene) auch die Klage als noch nicht entstanden zurückzuweisen, welche sich nicht auf geschehene Mahnung berufen könnte. Und doch ist man einig darin, dass die clausula monitoria zum Grunde der Klage nicht gehört und daher ohne Schaden hinwegbleiben kann [69]).

---

[67]) DEGENKOLB a. a. O. S. 46.

[68]) Abschnitt II S. 102 fg.

[69]) Dass der Beklagte, welcher »nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben« (Civilprocessordnung § 89), bei sofortiger Unterwerfung von Processkosten verschont bleibt, beweist

Endlich aber führt die gegnerische Auffassung überall da zu unlöslichen Conflicten, wo mittels der Klage eine Verpflichtung realisirt werden soll, welche der Beklagte eben nur im Processe ganz zu erfüllen vermag. Nehmen wir statt aller [70]) die Ehescheidungsklage. Soll auch hier das Recht zu klagen erst erwachsen, wenn »ein Widerstreben des Verletzenden gegen den berechtigten Willen zu Tage getreten« ist, dann würde das Klagerecht überhaupt niemals entstehen. Denn es liegt nicht in der Macht des schuldigen Gatten, auf Verlangen des Verletzten die Ehe zu lösen. Die ihm von der Rechtsordnung auferlegte Verpflichtung geht dahin, die Ehe durch den Spruch des Gerichts scheiden zu lassen. Diese Verpflichtung kann er aussergerichtlich überhaupt nicht zu Ende erfüllen. Er hat auch noch im Processe durch sein Verhalten, vornehmlich durch eine objectiv wahrheitsgetreue Beantwortung der Klage [71]), dem berechtigten Verlangen des Klägers ent-

---

nur, dass kein Grund vorhanden ist, den Beklagten solchenfalls zum Ersatz der besonderen Kosten des vom Kläger gewählten Mittels der Rechtsverfolgung zu verurtheilen, nicht aber, dass dem Kläger dies Mittel (wenn auch zunächst auf seine Kosten) nicht zustand. — Wenn Windscheid S. 354 lehrt, es werde in einem solchen Falle »die Klage als unbegründet zurückgewiesen und der Kläger in die Kosten verurtheilt«, so entspricht das erstere weder der Theorie (Wetzell, System § 46. 14; 2. Aufl. S. 513. 103; 3. Aufl. S. 568. 117) noch der Praxis des Processes (Anm. 74) — letzteres aber verschiebt wenigstens den richtigen Gesichtspunkt, indem der Beklagte dem Kläger nur nicht ersatzpflichtig ist und die Gerichtskosten mithin vom Kläger als Extrahenten zu tragen sind.

[70]) Betreffs der Anerkennungs- oder Feststellungsklagen vgl. jetzt namentlich Degenkolb a. a. O. S. 139 fg. (besonders S. 145. 153. 162. 163 fg. 175. 177 fg. 220) — betreffs der Theilungsklagen Denselben S. 63. 67 fg. Da ich mich den Ergebnissen Degenkolb's fast durchgängig anschliessen kann, habe ich meine Ausführungen über actiones praeiudiciales einstweilen einfach gestrichen.

[71]) Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der processualischen Pflicht zu subjectiv wahrhaftiger Erklärung und der materiell-rechtlichen

gegenzukommen. Mit andern Worten, der schuldige Theil ist im Interesse des Verletzten zu einem Mithelfen verpflichtet [72]), auf dass dieser zu einem der Sachlage entsprechenden, seinem Begehren willfahrenden Rechtsspruche gelange. Der Ehescheidungsklage kann daher mit Erfolg keine Aufforderung des Klägers vorausgehen, ihn aussergerichtlich zufrieden zu stellen. Von Anfang an ist sie das einzige, dem Verletzten gegebene Mittel, um Lösung der Ehe zu erreichen — sei es nun unter Mithülfe des Beklagten und sonach unter gleichzeitiger Erfüllung der den letzteren treffenden Pflicht, sei es gegen dessen Widerstreben und mit Ueberspringen seiner Beihülfe.

So neigen denn auch Theorie [73]) wie Praxis [74]) mehr und mehr der Ansicht zu, dass das Klagrecht unmittelbar mit dem Anspruche erwachsen sei — d. h. mit dem Augenblicke, in welchem der bestehende Zustand dem objectiven Rechte nicht entspricht und mithin eine Abänderung desselben begehrt werden kann.

12. Aus der versuchten Fixirung des Begriffes »Anspruch« ergiebt sich eine weitere Consequenz. Von einem Anspruche dürfen wir da nicht sprechen, wo der gegenwärtige Zustand zu Recht besteht und eine Veränderung

---

zu positiver Bejahung der objectiv begründeten Klagbehauptung vgl. DEGENKOLB a. a. O. S. 59.

[72]) DEGENKOLB a. a. O. S. 63. 202: »Die Richtung der Anerkennungsklage auf richterliche Feststellung zeigt ein Ueberspringen oder doch ein relatives Zurücktreten der Parteithätigkeit gegenüber der in den Vordergrund tretenden Hilfe des Gerichts.« Das Gleiche ist auch betreffs der Ehescheidungsklage zu sagen.

[73]) Vgl. z. B. ARNDTS, Pandekten § 107; BRINZ, Pandekten 2. Aufl. § 92. 92a und in GRÜNHUT's Zeitschrift I S. 38; BRUNS, in v. HOLTZENDORFF's Encyclopädie 2. Aufl. S. 348. 3. Aufl. S. 371; NEUNER, a. a. O. S. 159; UNGER, a. a. O. § 116 S. 378 und besonders § 123 unter I. 6 S. 463; WETZELL, a. a. O. § 16 S. 127 (3. Aufl. S. 149).

[74]) SEUFFERT, Archiv XXVIII, 101; XXXI, 5 und die hier citirten Erkenntnisse.

desselben sonach mit Erfolg nicht verlangt werden kann. Und zu fordern hat auch derjenige nichts, welcher zwar Thatsachen für sich anzuführen vermag, die nach den Regeln des Processes zur Begründung einer Klage genügen, dessen Klage jedoch durch das Anführen weiterer Thatsachen wieder elidirt werden kann. Die Möglichkeit eines begründeten Einredevorbringens hebt den gegnerischen Anspruch auf.

Es gilt dies für sämmtliche Einreden, vorausgesetzt nur, dass sie allein auf thatsächlichem Anführen beruhen[75]. Hat der Schuldner das, was er sollte, gezahlt, so ist damit überhaupt seine Verpflichtung beendet. Das Gebot, welches bis dahin ihn traf, wird mit der Erfüllung von ihm genommen. Und zugleich mit dem Wegfall des Soll wird dem Gläubiger das Mittel entzogen, welches ihm vordem zur eventuellen Erzwingung des Gebots in Aussicht gestellt war oder bereits zustand. Das Nämliche gilt, wenn der Gläubiger die Schuld in rechtsbeständiger Weise erlassen hat — oder wenn irgend eine andere Thatsache eingetreten ist, welche die Rechtsordnung als einen Aufhebungsgrund ihres Gebots oder Verbots bezeichnet. Und hierbei ist es vollkommen gleichgültig, ob dieser Aufhebungsgrund dereinst in Rom als civilrechtliche Satzung anerkannt war oder lediglich dem prätorischen Rechte entstammte. Gleichgültig ist es mithin auch für unser heutiges Recht, ob zur Zeit des Formularprocesses die Aufhebungsthatsache schon vom Standpunkte des ius civile dem bisher Berechtigten die actio[76] entzog oder erst auf Grund prätorischer Satzung, zu deren Beachtung der iudex einer formula in ius concepta gegenüber nur mittels Einschaltung einer ex-

---

[75]) Im Gegensatz zu den § 13 zu besprechenden Einreden.

[76]) Die actio im materiell-rechtlichen Sinne, mithin nach dem oben Bemerkten das Mittel zur Erlangung (eines Condemnationsbefehls und durch diesen zur Erlangung) einer Condemnation.

ceptio [77]) berechtigt und verpflichtet werden konnte. Eine Unterscheidung der ipso iure und ope exceptionis wirkenden Rechtsverlustthatsachen hat für unser heutiges Recht keine Bedeutung mehr.

Aus voller Ueberzeugung schliesse ich mich den Gegnern der Theorie des bloss gehemmten oder unwirksam gemachten Anspruchs an [78]). Der durch eine römische exceptio elidirbare Anspruch ist in der Mehrzahl der Fälle überhaupt kein Anspruch mehr, nicht bloss ein gehemmter oder der Anfechtung unterworfener [79]). Wie das subjective

---

[77]) War dies nun eine ausdrücklich eingeschaltete exceptio oder eine solche, welche der iudex (wie in den bonae fidei actiones) »ein für alle Mal als ertheilt zu betrachten« hatte — vgl. LENEL, a. a. O. S. 86. 98. — Auf die Frage, wie sich die Vertheidigung des Beklagten gegenüber einer actio mit formula in factum concepta gestalten musste, kann ich hier nicht eingehen; vgl. Zeitschrift für Rechtsgeschichte II S. 239 fg.

[78]) Literatur bei LENEL, a. a. O. S. 100. — woselbst den Anhängern jener Theorie noch beizufügen ist: BRUNS, Encyclopädie, 2. Aufl. S. 352; 3. Aufl. S. 375 und jetzt wieder KARLOWA, das Rechtsgeschäft (1877) S. 156 fg. Letzterer will unterscheiden: »die ipso iure wirkenden Vertheidigungsgründe - - verneinen direct die Rechtsbehauptung des Klägers - -. Die Exceptionen dagegen sind nicht gegen die Wahrheit jener intentio gerichtet, sie sollen nur die Wirkung derselben d. h. das Petitum - - ausschliessen. Der Richter wird also bei Existenz des Rechts erkennen müssen, dass zwar dem Kläger das behauptete Recht zuständig, dagegen sein Verlangen auf Verurtheilung des Beklagten abzuweisen sei.« Den hierin liegenden Widerspruch sucht KARLOWA vergeblich zu beseitigen. Ich für meine Person verstehe nicht, wie der Richter es verantworten kann, den klägerischen Anspruch schliesslich als berechtigt anzuerkennen und dennoch abzuweisen.

[79]) Dürfte jedes exceptionsmässige Recht zu den anfechtbaren gezählt werden, dann wäre gegen dessen Unterscheidung von dem erloschenen Rechte allerdings nicht das mindeste zu sagen. Denn die Verpflichtung würde dann bis zur Anfechtung fortbestehen; vgl. S. 273. In der That findet sich hin und wieder eine solche Anschauung. Auch in der Darstellung WINDSCHEID's klingt sie wenigstens an, da die Exceptionsmässigkeit als ein »Fall der Anfechtbarkeit« bezeichnet wird (Pandekten § 82 N. 37). Allein es geht nicht an, sämmtliche exceptiones als blosse Anfechtungsmittel zu behandeln. Ihre befreiende Wirkung tritt ein »nicht etwa erst von dem Augenblicke ihrer pro-

Recht prätorischen Ursprungs für uns keineswegs ein Recht zweiter Ordnung oder geringerer Stärke bedeutet, so hat auch das Recht, welches auf Grund einer prätorischen Aufhebungsthatsache erloschen ist, nicht minder aufgehört zu existiren, wie das nach ius civile verlorene. Ja, der Begriff des gehemmten Rechts, so wie er aufgestellt zu werden pflegt, ist in sich voll Widerspruch [80]). Die Rechtsordnung hat die Wahl, ob sie für gewisse Fälle ihre Imperative bei Bestand lassen oder zurückziehen will. Aber sie kann nicht sagen: »Du sollst und sollst zugleich nicht — jenes, weil Du nach römischem Civilrecht schuldest, dieses, weil prätorische Satzung Dich freigiebt.« Sie muss sich entscheiden, welchem Rechtsgedanken sie den Vorzug geben will. Ein »Du sollst, aber Du brauchst nicht« [81]) erinnert in der That an den Streit der Wächter in dem Lustspiele Shakespeare's [82]).

---

cessualischen Geltendmachung, sondern von dem Dasein ihres Grundes an«: Brinz, Pandekten 2. Aufl. I § 108 S. 377. Vgl. l. 39 § 1. l. 40 de rei vind. 6, 1. So würde namentlich der exceptionsmässige Anspruch, falls er nur anfechtbar wäre, der Verjährung unterliegen. Denn seine Geltendmachung wäre keineswegs unmöglich, wie Windscheid § 109 S. 315 annimmt. Nur seine Durchführung würde scheitern in dem Falle, dass der in Anspruch Genommene von seiner exceptio Gebrauch macht. — Nach der hier vertretenen Ansicht verjährt der exceptionsmässige Anspruch um desswillen nicht, weil er überhaupt nicht existirt.

[80]) Lenel, a. a. O. S. 101 fg.

[81]) Windscheid, Actio S. 182: »Das Recht - - hat zum Gläubiger gesagt: du darfst in dieser Beziehung deinen Willen dem Schuldner gegenüber zur Geltung bringen, aber zu gleicher Zeit zum Schuldner: du brauchst diesem Willen nicht zu gehorchen.« An anderer Stelle S. 225 wird jedoch die exceptio treffend bezeichnet als »die Ausschliessung der actio für einen gewissen Fall - -. Ist nun actio nicht das Klagerecht, sondern der Anspruch, so ist auch exceptio nicht die Vertheidigung gegen das Klagerecht, sondern der Ausdruck der Zurücknahme der rechtlichen Anerkennung des Anspruches für einen gewissen Fall.«

[82]) Viel Lärmen um Nichts: »Wenn ihr dem Prinzen in der Nacht begegnet, könnt ihr ihn stehen heissen.« »»Nein, mein Seel, das

Auch die Zuständigkeit einer exceptio dilatoria hebt, so lange sie besteht, den gegnerischen Anspruch auf [83]). Ein pactum de non petendo, auf bestimmte Zeit geschlossen, lässt von da ab die Sachlage so erscheinen [84]), als wäre die Forderung von Anfang an eine betagte gewesen [85]). Es ist auch nicht abzusehen, warum man der dem Geschäfte sofort zugefügten Betagung, weil ihr bei der Mehrzahl der Geschäfte schon nach ius civile Wirksamkeit zukam [86]), auch bei uns die Kraft zusprechen will, den Anspruch einstweilen nicht aufkommen zu lassen, unabhängig von dem Wollen des Pflichtigen — während eine nachträgliche Befristung, weil vom Civilrechte nicht anerkannt, den Anspruch an sich belassen und nur undurchführbar machen soll [87]). Die exceptio dilatoria hebt actio und Anspruch einstweilen auf — nicht aber die Haftung des Pflichtigen.

---

kann er doch wohl nicht.«« »- - er kann ihn stehen heissen: aber versteht sich, wenn der Prinz Lust hat.«

[83]) Immer unter der Voraussetzung der Anm. 75.

[84]) Materiell-rechtlich. Das processualische Verhältniss (Behauptungs- und Beweislast) ist allerdings um desswillen ein anderes, weil der Anspruch bis zum pactum de non petendo bestanden hat. Bekker, Aktionen II S. 290. 291.

[85]) Vgl. auch die Gleichstellung eines »pactum, quod in tempus certum collatum est« mit einem debitum »ex die« in l. 56 de cond. ind. 12, 6.

[86]) Nicht z. B. bei der Servitutenbestellung; l. 4 pr. de serv. 8, 1: »Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore neque ad tempus - - constitui possunt: sed tamen, si haec adiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti.« Hier standen dem rechtsgeschäftlichen Willen, weil er im Civilrechte keinen Schutz fand, nur die Mittel des prätorischen Rechts zur Verfügung. Dieser historische Grund, nicht der eigenthümliche Inhalt der Beredung, liess statt ipso iure-Wirkung nur eine solche ope exceptionis zu. Oder sollte wirklich Jemand, falls das römische Recht anders entschieden hätte, daran Anstoss gefunden haben, dass einer Beredung, die ihrer Natur nach nur die Kraft besitzen könnte, ein Recht zu »hemmen« oder »unwirksam« zu machen, rechtsvernichtende Kraft beigelegt worden sei?

[87]) Vgl. auch Eisele, Compensation (1876) S. 335.

Dies ist ein Punkt, den LENEL mit Unrecht bestreitet [88]). Das Soll der Rechtsordnung trifft den Schuldner noch immer. Nur der Inhalt des Gebots hat sich verändert: statt eines sofortigen Thuns wird ihm eine künftige Handlung befohlen [89]). Zugleich aber werden ihm um dieser schon jetzt bestehenden Haftung willen sofort auch Verpflichtungen sehr realer Art auferlegt [90]).

13. Eine Unterscheidung der civilrechtlich anerkannten (und daher ipso iure wirkenden) und der prätorischen (nur ope exceptionis beachtlichen) Aufhebungsthatsachen ist für unser heutiges Recht nicht mehr zu machen. Damit fällt die gebräuchliche Eintheilung unserer heutigen Einreden in ipso iure wirkende Vertheidigungsgründe und Exceptionen [91]) in sich zusammen. Ebenso hat bei einer Dreitheilung in »verneinende, vernichtende und excipirende Einreden« [92]) das dritte Glied in dieser Fassung jede Berechtigung verloren. Keineswegs ist aber damit gesagt, dass auch jeder materielle Unterschied innerhalb unserer heutigen Einreden verschwunden oder auch nur auf die Eintheilung in rechtshindernde und rechtsvernichtende Einreden beschränkt sei. Dem Satze LENEL's: »es giebt nur eine Art materiellrechtlicher Vertheidigung: Verneinung der Existenz des erhobenen Anspruchs« [93]) muss der entschiedenste

[88]) A. a. O. S. 105 Anm. 1 S. 109.

[89]) Vollkommen zutreffend wird die Sachlage präcisirt von BRINZ, a. a. O. S. 378.

[90]) Vgl. oben S. 199. 213 — wie sich dies sofort darin zeigt, dass die Zerstörung einer wenn auch unter einer Befristung geschuldeten Sache eine Normwidrigkeit enthält.

[91]) WETZELL a. a. O. § 17 S. 137. 140 (3. Aufl. S. 158. 162) — welcher wieder rechtshindernde und rechtsvernichtende Thatsachen und ebenso hindernde und vernichtende Exceptionen unterscheidet.

[92]) BURCKHARD, die civilistischen Präsumtionen (1866) S. 136.

[93]) A. a. O. S. 137. LENEL ist freilich ganz radical: die Compensation und somit auch die Liberation beider Theile vollzieht sich nach ihm durch das blosse Gegenüberstehen der beiderseitigen Forderungen

Widerspruch entgegengesetzt werden. In der That kennt unser heutiges Recht [94]) zwei Arten von Vertheidigung, die völlig von einander verschieden sind: Vertheidigung durch Verneinung des klägerischen Anspruchs und Vertheidigung durch Erhebung eines Gegenanspruchs — jene bewirkt durch das Anführen rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen, diese sich stützend auf einen Anspruch des Beklagten gegen den Kläger. Zu den verneinenden (rechtshindernden und rechtsvernichtenden) Einreden treten noch die rechtsverfolgenden Einreden hinzu.

Ein einfaches Beispiel mag zunächst den Sinn dieser These darlegen. Sofort nach dem Abschlusse eines Kaufgeschäftes sind zwei Verpflichtungen entstanden und beide sind sofort zu erfüllen, vorausgesetzt, dass keine derselben sei es ausdrücklich sei es nach den Umständen des Falles betagt ist. Zwecks Realisirung dieser Verpflichtungen ist jedem Gegner ein Anspruch gewährt und auch dieser erwächst beiden Theilen sofort: der Anspruch auf Kaufgeld nicht erst nach Uebergabe der Waare, der Anspruch auf das Gekaufte nicht erst nach Zahlung des Geldes. Beweis hierfür ist, dass nach der jetzt herrschenden wohlbegründeten Lehre beide Ansprüche sofort zu verjähren beginnen [95]). Das Soll des Käufers und das Soll des Verkäufers

(S. 145), den Begriff der Anfechtung in der Defensive verwirft er unbedingt (S. 136), die exceptio non adimpleti contractus ist ihm eine blosse Verneinung des klägerischen Anspruchs (S. 110), ebenso wie die exceptio metus und redhibitionis (S. 136).

[94]) Abgesehen von Processeinreden und Processbemängelungen, welche nur dem processualischen Vorgehen des Klägers gelten.

[95]) Unger, a. a. O. II § 120 A. 7 S. 410. 411. Windscheid, Pandekten I § 109 N. 3 S. 316. — Die neuerdings beliebte Erklärung dieses Satzes damit, dass eine entgegenstehende Einrede dann die Verjährung des Anspruchs nicht hindere, wenn der Gläubiger die Einrede hätte beseitigen sollen, giebt m. E. dem richtigen Gedanken einen falschen Ausdruck. Eine besondere Pflicht, die Einrede wegzuräumen, existirt

sind zunächst ganz unabhängig von einander. Die Rechtsordnung sagt nicht zum Verkäufer: »bis der Käufer gezahlt hat, trifft Dich keine Leistungspflicht«. Sie würde ja sonst einstweilen eine jede Verpflichtung verneinen. Ihr Gebot trifft den Verkäufer sofort. Aber freilich, ebenso auch den Gegner: Beiden ist Macht wider einander gegeben. Nur ist diese Macht nicht einzig auf ein gegenseitiges Klagrecht beschränkt. Der Beklagte darf seinen Gegenanspruch auch einredeweise verfolgen. Die Retentionseinrede hat nicht die Bedeutung, dass Beklagter seine Verpflichtung bestreitet. Letztere besteht zu Recht und fällt nicht um desswillen hinweg, weil auch den Kläger eine Verpflichtung ganz anderen Inhalts trifft. Wohl aber erreicht der Beklagte mit seiner exceptio non adimpleti contractus, dass der Richter auch das Dasein des Gegenanspruchs zn prüfen hat. Und findet er beide Ansprüche begründet, so hat er auf Grund dieses Befundes allerdings nicht eine wechselseitige Verurtheilung auszusprechen [96]). Ebensowenig wird aber nach heutigem Rechte das Klaggesuch abzuweisen sein. Vielmehr ist der Beklagte dahin zu verurtheilen, gegen Erfüllung Seitens des Klägers diesen klaglos zu stellen [97]). Darin aber liegt eine Anerkennung der defensiven Kraft des vorgebrachten Gegenanspruchs. Denn dem Kläger wird Rechtshülfe nur gegen Befriedigung des Beklagten zu Theil.

Die exceptio non adimpleti contractus bedeutet Erhebung eines Gegenanspruchs, nicht Verneinung des klägerischen Anspruchs. Gegen letzteren wendet sich der Beklagte, nicht weil er sein Dasein bestreitet, sondern weil

---

nicht: es ist dies eben die Pflicht, das Versprochene zu erfüllen, welche den Verkäufer wie den Käufer trifft und zwar unabhängig von der Erfüllung oder Nichterfüllung der gegnerischen Verpflichtung.

[96]) Denn der Beklagte hat seinen Gegenanspruch nur defensionsweise verwerthen wollen, ohne Widerklage zu erheben.

[97]) Seuffert, Archiv XVIII, 180. XXIII, 176.

er Schutz für sein eigenes Recht begehrt. Und die Rechtshülfe für dieses wird ihm durch (einstweilige Zurückweisung der Klage oder nach der neueren Praxis durch) die Beschränkung der Condemnation zu Theil. Um desswillen ist die gedachte Einrede nicht bloss Allegation, sondern zugleich Willensaction, nicht bloss Thatsachenerzählen, sondern zugleich Rechtshülfegesuch. Die Probe hierauf ist leicht zu machen. Enthielte die Einrede lediglich Allegation, so könnte sie durch das eigene Vorbringen des Klägers ersetzt werden. Klagt der Verkäufer auf Grund von Thatsachen, welche seinen Anspruch als entstanden erscheinen lassen, so wird gleichwohl seine Klage zurückzuweisen sein, wenn sich aus ihrem Vortrage ergiebt, dass der Kläger bezahlt sei, oder dass er dem Beklagten die Schuld erlassen oder gestundet habe, oder dass irgend ein anderer Thatbestand vorliegt, an welchen die Rechtsordnung das Nichtentstehen oder den Untergang des Forderungsrechts anknüpft. Gleichgültig ist es hierbei, ob die rechtshindernde oder rechtsvernichtende Thatsache im römischen Formularprocesse ipso iure oder ope exceptionis wirkte [98]). Ganz anders aber, wenn die Klage erkennen

[98]) Dies wird von Windscheid in Abrede gestellt; Pandekten II § 488 N. 4 S. 832: »Nicht bloss durch Einrede entkräftbar, — so dass also der Richter die Klage - - von Amtswegen zurückweisen muss.« Dann wäre das exceptionsmässige Recht allerdings noch ein Recht, wenn auch ein anfechtbares Recht; vgl. aber Anm. 79. — In dem folgenden Beispiele: Klage aus Bürgschaft für Darlehn unter Einräumung 1. erfolgter Zahlung, 2. Stundung, 3. vertragsmässiger Compensation (l. 19 § 3 de probat. 22, 3), 4. Ableistung aussergerichtlichen Eides, 5. rechtskräftiger Aberkennung, 6. der die exceptio SC[i] Velleiani oder 7. Macedoniani begründenden Thatsachen, 8. einer compensabelen Gegenforderung, 9. einer Excussionseinrede würde die Klage m. E. in den Fällen 1—7 zurückzuweisen, in den Fällen 8 und 9 zuzulassen sein. Denn die Zugeständnisse 1—5 lassen die Verpflichtung des Beklagten als hinweggefallen, das Zugeständniss 6 als nicht entstanden erscheinen, während sich nach 7 das gewählte Mittel der klageweisen Rechtsverfolgung als unstatthaft darstellt. Die Einräumungen unter 8 und 9

lässt, dass dem Beklagten ein Gegenanspruch zusteht. Hier darf der Richter die Klage nicht von Amtswegen zurückweisen [99]). Denn die Thatsache, dass der Beklagte ebenfalls einen Anspruch hat, nimmt den Kläger den seinigen nicht. Und wollte der Richter um des ersteren willen die Klage zurückweisen, so hiesse dies, gegen das Wesen des privaten Rechtes diesem von Amtswegen zu Hülfe kommen. Der Wille des Beklagten ist der nothwendige Hebel, um jene Rechtshülfe in Bewegung zu setzen.

14. Klarer noch stellt sich das Verhältniss zwischen Anspruch und Gegenanspruch bei der Compensation. Nach den Untersuchungen von Schwanert und Eisele, deren für das heutige Recht im Wesentlichen übereinstimmende Ergebnisse ich mit Freuden acceptire, tilgt oder afficirt die Thatsache, dass zwei oder mehrere Forderungen zwischen denselben Personen einander gegenüberstehen, die gegenseitigen Rechte nicht im Geringsten [100]). Einem jeden Gläubiger steht mithin nach wie vor ein klagbarer Anspruch zu, sodass diesem letzteren auch die

dagegen lassen nur erkennen, dass der Beklagte auch von dem Kläger etwas zu beanspruchen hat.

[99]) Dagegen Wetzell a. a. O. § 19 Note 8 S. 150. (3. Aufl. S. 172) § 45 bei N. 3 S. 489; vgl. aber § 17 bei N. 24 S. 143. (3. Aufl. S. 165). Doch scheint es mir einen inneren Widerspruch zu enthalten, einerseits dem Contrahenten trotz exceptio non adimpleti contractus Klagrecht (Anspruch) zu gewähren, wie aus dessen Verjährung hervorgeht, und andererseits seine Klage zurückzuweisen, wenn er den obwaltenden Thatbestand wahrheitsgetreu erzählt.

[100]) Schwanert, die Compensation (1870) S. 60. Eisele, die Compensation (1876) S. 211 fg. S. 259 fg. — Die neue Formel, welche Brinz (Krit. Vjschrift XIX (1877) S. 342) aufstellt: »Jeder ist, aus seiner Schuld obligatus, aber auch Jeder durch des Andern Schuld nichtschuldig«, scheint mir weder logisch einwandfrei noch praktisch befriedigend zu sein — letzteres zumal nicht in Fällen, wo mehreren bereits begründeten Forderungen eine einzelne Gegenforderung geringeren Betrages gegenübertritt.

Verjährung selbstständig läuft [101]). Die Coexistenz zweier compensabelen Forderungen gewährt nur jedem Theile die Befugniss, vom anderen Theile Aufrechnung zu begehren. Dies Verlangen, welches übrigens auch allein für sich schon ähnlich der Zahlungsofferte wirkt [102]), begründet erst die Verpflichtung des andern Theils zur Compensation und damit für den Offerenten ein Recht und einen Anspruch auf letztere. — Das Dasein einer compensabelen Gegenforderung hindert mithin die Klagerhebung nicht. Die Klage ist vollkommen begründet, auch dann, wenn ihr eigener Inhalt die Existenz einer compensabelen Gegenforderung erkennen lässt. Auch das Vorschützen der Compensationseinrede enthält noch keine Compensation [103]). Sie bedeutet ein *Compensationsverlangen* auf den Fall hin, dass der klägerische Anspruch als begründet erkannt werden sollte, und ist mithin als Antrag an den Richter zu verstehen, die Verpflichtung des Klägers, in Aufrechnung zu willigen, eventuell in dem Erkenntnisse auszusprechen und damit zugleich zu vollstrecken. Die Einrede enthält hiernach zunächst eine *Disposition* und sodann ein *Rechtshülfegesuch*. Und findet der Richter den klägerischen Anspruch sowohl wie das Compensationsbegehren des Beklagten begründet, so hat er diesen seinen Befund erkenntnissmässig auszusprechen und damit die Compensation zu vollziehen. Gleichzeitig wird in Consequenz hiervon der nunmehr liberirte Beklagte, soweit die Aufrechnung erfolgt ist, von der Klage zu entbinden sein [104]).

---

[101]) Windscheid, Pandekten II § 350 N. 2 S. 324. Schwanert, a. a. O. S. 62. Eisele, a. a. O. S. 333.

[102]) Schwanert S. 69. Eisele S. 252.

[103]) Schwanert S. 66. Eisele S. 250. Damit erledigt sich der Einwand Lenel's S. 146; l. 7 § 1 de comp. 16, 2: »Si rationem compensationis iudex non habuerit, *salva manet petitio*« beweist allerdings, dass das Verlangen der Compensation noch keine Compensation enthält, aber ein mehreres nicht.

[104]) Vortrefflich Schwanert a. a. O. S. 64. 65. Eisele a. a. O. S. 381.

15. Compensationseinrede und exceptio non adimpleti contractus sind nicht die einzigen rechtsverfolgenden Einreden. Ueberall, wo der Beklagte, wenn auch nur zum Zwecke der Vertheidigung, einen Anspruch auf Erfüllung einer den Kläger treffenden Verpflichtung mit rechtlichem Erfolge zu erheben vermag, wird dies Mittel der Rechtsverfolgung jener Kategorie zuzuzählen sein.

Hierher gehört insbesondere die Einrede der Retention, welche analog der Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu construiren ist [105]). Ebenso die exceptio spolii und die Rechtswohlthaten der Bürgen. In diesen Fällen verneint der Beklagte seine Verpflichtung nicht [106]). Vielmehr behauptet er, dass auch den Kläger ein Gebot anderen Inhalts treffe, und macht das ihm hieraus entspringende Recht einredeweise zu dem Zwecke geltend, um selbst nicht eher seiner Verpflichtung nachkommen zu müssen, bis jener die seine erfüllt hat [107]).

---

[105]) Dass dem sog. Retentionsrechte eine Forderung zu Grunde liegt, auf diejenige Leistung nämlich, zu deren (indirecter) Erzwingung retinirt werden darf, sollte nicht bestritten werden. Vgl. vorzüglich Goldschmidt, Handelsrecht I 2te Abth. (1868) § 94 Z. 2 S. 972. Entspringt die Forderung einer Verwendung auf eine Sache, so geht sie »gegen Jeden, welcher rechtlich in der Lage ist, dem Besitzer mit der Sache auch den darin steckenden eigenen Vermögensbestandtheil zu entziehen -«: Goldschmidt S. 973. Um desswillen ist aber das Retentionsrecht keineswegs, wie Bekker (Aktionen II S. 369) annimmt, ein dingliches Recht. Die Retentionsbefugniss ist überhaupt kein Recht, sondern ein Rechtsverfolgungsmittel — die Forderung aber, die damit erzwungen werden soll, geht nicht gegen die unbegrenzte Menge. — Ganz verschieden hiervon ist die Frage, ob die Detention zu eigenem Interesse h. z. T. ein dingliches Recht genannt werden kann; vgl. hierüber Abschnitt VI Anm. 72.

[106]) Um desswillen ist die Erfüllung keine indebiti solutio: l. 51 de condict. ind. 12, 6.

[107]) Goldschmidt a. a. O. S. 981: »Das Retentionsrecht schützt nicht gegen die Verurtheilung, sondern gegen die unbedingte Verurtheilung, und insofern gegen die Execution.« Zu den Not. 1 Allegirten noch Windscheid, Pandekten II § 351 Z. 3 S. 332 und Seuffert, Archiv XVI,

Andererseits sind alle diejenigen Einreden ihrer processualen Structur nach der Compensationseinrede nahe verwandt, welche die zur Zeit der Erhebung und auch weiterhin noch begründete Klage dadurch zu beseitigen versuchen, dass sie eine Verpflichtung des Klägers geltend machen, nach deren Anerkennung und Vollstreckung der klägerische Anspruch allerdings verneint werden muss. Zunächst gehören hierher die Fälle, in denen der Beklagte einredeweise von seiner Befugniss Gebrauch macht, eine Wiederauflösung des Geschäftes zu fordern, dessen Erfüllung die Klage begehrt. Mittels der exceptio redhibitoria[108]) z. B. und ebenso, mittels der Einrede wegen Verletzung über die Hälfte wird beklagtischerseits eine Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkungen des Kaufgeschäfts vom Kläger verlangt [108a]) und mithin Befreiung des Beklagten von der zur Zeit ihn treffenden Verpflichtung. Zur Defension tauglich wird dieser Anspruch um desswillen, weil der Richter, wie bei der Compensation, den Rechtsbestand des Einredegesuchs zu prüfen und im Falle, dass er es begründet findet, die Verpflichtung des Klägers auszusprechen und damit zugleich zu vollziehen hat. Und ist dies geschehen, so verbleibt die Lossprechung des Beklagten als einzig mögliche Folge. — In ganz analoger Weise sind aber auch weiter die Einreden zu construiren, mittels welcher der Beklagte zum Zwecke seiner Defension die Anfechtung des Geschäftes verfolgt, dessen Rechtsbestand die Grundlage der Klage bildet. Sie begehren die Ungültigkeitserklärung durch richterlichen Spruch und machen die Verpflichtung

195. XXIII, 476, XXVIII, 192. — Die Einreden aus dem beneficium ordinis und divisionis dagegen führen zu einer Abweisung des Klägers zur Zeit.

[108]) l. 59 de Aed. Ed. 21, 1.

[108a]) Dass das Gesuch hier gestellt werden muss und die Allegation der dasselbe begründenden Thatsachen nicht genügt (sofern nicht aus der Art des Vorbringens der Wille des Beklagten zu entnehmen ist), erkennt ausdrücklich an das Urtheil bei SEUFFERT, Archiv XIII, 184.

des Klägers geltend zur Erlangung eines derartigen Erkenntnisses mitzuhelfen [109]). Es ist gleich ungerechtfertigt, die Anfechtung als defensives Rechtsmittel in Abrede zu stellen [110]), wie den ganzen Begriff derselben zu verwerfen [111]). Beruht die Anfechtbarkeit darin, dass irgendwem (und zumeist dem verletzten Theile) die Macht gegeben ist, das bis dahin gültige und vollwirksame Geschäft durch richterlichen Spruch ungültig erklären zu lassen; so ist auch eine einredeweise Anfechtung von einer Verneinung des klägerischen Anspruchs wohl zu unterscheiden. Denn die Erklärung, anfechten zu wollen, ist zur Vernichtung der Wirkungen des Geschäfts noch nicht genügend [112]). Sie kann, einredeweise vorgebracht, nicht mehr wirken, als niedergelegt in der Klage. So wenig wie nun hier die Rescission schon durch die Klagerhebung erfolgt, so wenig vermag das Einredevorbringen eine Rescission sofort zu vollziehen. Dies vermag in beiden Fällen erst der richterliche Spruch. Mit diesem erst wird das Geschäft ungültig [113]). Und nunmehr ergiebt sich die Entbindung des Beklagten von der erhobenen Klage als nothwendige Consequenz [114]).

---

[109]) Vgl. oben S. 261.

[110]) So LENEL a. a. O. S. 136.

[111]) So SCHLOSSMANN, die Lehre vom Zwange (1874) § 2. 3 S. 7 fg. 20 fg.

[112]) Den von WINDSCHEID, Pandekten I § 82 S. 218 als »denkbar« bezeichneten Fall scheide ich aus: dass die Anfechtung nämlich »durch eine einfache Erklärung desjenigen, welcher sich durch die eingetretene rechtliche Wirkung beschwert findet, beschafft werden kann.« Solchenfalls würde kaum noch von einem Anfechten gesprochen werden dürfen. Dagegen erscheint mir die querela nullitatis des Processes und des Eherechts als wahre Anfechtung.

[113]) Unbeschadet der Frage, ob es von nun an so angesehen werden soll, als sei die Wirkung des Geschäfts jetzt erst hinweggefallen oder schon damals, als das Geschäft anfechtbar wurde oder als die Anfechtung erfolgte.

[114]) Betreffs der Anfechtung in der Defensive vgl. BRINZ, Pandekten

16. Die Anfechtungseinrede ist rechtsverfolgende Einrede und hat als solche mit der bloss processualisch als Einrede auftretenden Verneinung des klägerischen Anspruchs materiell-rechtlich nichts gemein. Darum wäre es vollkommen zutreffend, sämmtliche römische Exceptionen auch heute noch von den verneinenden Einreden zu scheiden, falls die exceptio in der That als ein Anfechtungsmittel aufgefasst werden müsste. Der klagweise erhobene Anspruch bestände dann trotz Zuständigkeit der exceptio zur Zeit noch völlig zu Recht. Die Exceptionsmässigkeit desselben hätte dann nur die Bedeutung, dass der Beklagte ein Mittel besässe, den klägerischen Anspruch zu Falle zu bringen [115]. Die Lehre SAVIGNY's, wonach die exceptio als »Bestreitung durch ein entgegenstehendes Recht« der absoluten und relativen Verneinung entgegenzustellen ist [116], würde alsdann einen richtigen Kern enthalten. Nur wäre dies »entgegenstehende Recht« nicht ausser Beziehung mit dem Rechte des Klägers zu setzen; es bestände vielmehr allein in der Befugniss zur Anfechtung. So wird denn auch SAVIGNY's Lehre von ARNDTS modificirt [117]. Und dieser Auffassung der exceptio kann nur durch den Nachweis begegnet werden, dass die Exceptionsmässigkeit durchaus nicht überall blosse Anfechtbarkeit bedeutet — dass vielmehr in der Mehrzahl der Fälle, in denen eine römische exceptio begründet ist, schon diese Thatsache (d. h. die Zuständigkeit derselben, nicht erst ihr Vorbringen oder ihre Durchführung im Processe)

1. Aufl. § 376. 378 S. 1635. 1660. 2. Aufl. § 108 S. 377. BIRKMEYER, die Exceptionen im bonae fidei iudicium (1874) S. 31. 301 fg.

[115]) Sei es allein schon durch die in dem Vorschützen der Exception liegende Willenserklärung sei es erst durch Herbeiführung des die Anfechtbarkeit des klägerischen Anspruchs anerkennenden und die Aufhebung desselben damit vollziehenden richterlichen Spruchs.

[116]) SAVIGNY, System V S. 153 fg.

[117]) ARNDTS, Pandekten § 101 Anm. 2.

den Anspruch des Klägers beseitigt [118]). Auf der anderen Seite ist zuzugeben, dass hin und wieder die exceptio der Römer das processuale Mittel zur Geltendmachung blosser Anfechtung war. In diesen Fällen wird sie auch heute noch zu den rechtsverfolgenden Einreden zu zählen sein. Nur soviel darf mithin behauptet werden: der Umstand, dass einer Vertheidigung im römischen Rechte die Form der exceptio gegeben war, ist allein für sich für die Classificirung der heutigen Vertheidigungsarten nicht zu verwerthen [119]).

17. Ich hoffe, dass es mir gelungen ist, die Unterscheidung der beiden Arten der Vertheidigung — Verneinen des klägerischen Anspruchs durch Allegation rechtshindernder oder rechtsvernichtender Thatsachen einerseits und Geltendmachen eines präjudiciellen Gegenanspruchs andererseits — im Principe zu rechtfertigen. Nur habe ich schliesslich noch einem möglichen Missverständnisse vorzubeugen. Nicht alle Einreden, welche zum Zweck der Defension auf ein Gegenrecht des Beklagten Bezug nehmen, sind zu der Kategorie der rechtsverfolgenden Einreden zu zählen. Sobald die Allegation des beklagtischen Rechts die Bedeutung hat, dass wegen dieses letzteren der klägerische Anspruch (zur Zeit oder ohne zeitliche Beschränkung) nicht begründet sei, gehört die Vertheidigung rein zur Kategorie der verneinenden Einreden. Es ist dies ein Punkt, welcher regelmässig übersehen wird — auch von Solchen, welche im Uebrigen zu der hier vertretenen Ansicht stehen und nicht jede römische exceptio ohne Weiteres auch für unser heutiges Recht als eine besondere

[118]) Brinz, Pandekten 2. Aufl. § 108 S. 377.

[119]) In dieser Hinsicht schliesse ich mich den Bemerkungen Eisele's, die materielle Grundlage der Exceptio (1871) S. 124 und Krit. Vjschrift XVI (1874) S. 510. 511 durchgängig an.

Vertheidigungsart gelten lassen [120]). Und doch scheint mir der Unterschied zwischen den oben besprochenen rechtsverfolgenden Einreden und der Verneinung durch Rechtsallegation völlig erweisbar zu sein. Beruft sich der Beklagte z. B. der Vindication des Klägers gegenüber auf ein dingliches Recht, welches ihm (wie Niessbrauch [121]), Pfandrecht [122]) oder Superficies [123])) die Detention der Sache gestattet — oder nimmt er Bezug auf eine obligatorische Beredung, z. B. auf einen Miethvertrag, wonach ihm die Sache Seitens des Klägers gelassen werden soll [124]): so erhebt er damit keinen Gegenanspruch, vielmehr bestreitet er die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache, welche die Klage behauptet und geltend macht. Es geht dies aus folgenden Erwägungen hervor.

---

[120]) So von Krüger, Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII (1868) S. 222, welcher einen gleichen verständlichen und wohlbegründeten Unterschied darin findet, ob gegen die rei vindicatio Usucapion oder Niessbrauch eingewendet wird, und ob der Beklagte gegen die Contractsklage Zahlung oder Compensation vorbringt. So ferner von Bekker, Aktionen II S. 288. 300. Dieser stellt drei Arten von Einreden auf: »A) der wider mich erhobene Anspruch ist nicht existent geworden; B) er ist nach dem etwaigen Existentgewordensein wieder erloschen; C) er ist, falls noch bestehend, doch in dieser Weise nicht zu verfolgen.« Zu dieser letzteren Kategorie zählt Bekker auch die Fälle, in denen der an sich begründeten Klage »ein Recht des Beklagten im Weg steht« und nennt hier neben Compensations- und Retentionseinrede die exceptio iusti dominii. — Vgl. auch Birkmeyer, a. a. O. S. 41. 303.

[121]) Die Frage, ob im römischen Processe der Niessbrauch der rei vindicatio gegenüber mittels exceptio geltend gemacht werden konnte — dawider Krüger, a. a. O. S. 222, Lenel, a. a. O. S. 101 Not. 1, dafür auch Francke, Commentar de hered. petitione I (1864) S. 189 —, berührt keinesfalls unser heutiges Recht.

[122]) l. 11 § 2 de pign. 20, 1. c. 10 § 2 C. de act. pign. 4, 24. Nov. 18 c. 10.

[123]) l. 1 § 4 de superfic. 43, 18.

[124]) So jedenfalls nach heutigem Rechte. Eine »exceptio rei locatae« nimmt schon nach römischem Rechte Francke a. a. O. an. Vgl. Abschnitt VI bei Anm. 51.

Die Rechtsordnung kann nicht gleichzeitig sagen: »Du sollst fremdes Eigenthum nicht vorenthalten, auch wenn Dir ein Recht auf die Innehabung zusteht — aber Du darfst es vorenthalten, wenn Du ein solches Recht hast.« Will sie das letztere, so muss sie die Herausgabepflicht überhaupt verneinen und demgemäss ihr Verbot der Vorenthaltung für solche Fälle zurücknehmen. Consequenz ist, dass dem Eigenthümer gegen den Usufructuar und Miether während der Dauer des Niessbrauchs bez. der Miethe kein Anspruch auf Herausgabe erwächst — und dass sonach auch zur Zeit weder Vindication noch actio locati verjähren [125]). — Weiter aber schreiben wir zwar in solchen Fällen dem Beklagten ein Recht auf Innehabung zu d. h. die Anwartschaft auf Ansprüche, für den Fall, dass ihm die Sache genommen wird. Wenn er aber der Vindication gegenüber die sein Recht begründenden Thatsachen einredeweise vorbringt, so hat dies hier nicht die Bedeutung, dass er einen Anspruch gegen den Kläger erhebt. Ist er ja doch im Besitze der Sache, worauf also sollte sein Anspruch gerichtet sein? Jene Thatsachen dienen hier allein zu dem Zwecke, die Pflicht zur Herausgabe zu bestreiten, welche aus den klägerischerseits angeführten Thatsachen gefolgert werden könnte. Mit anderen Worten, die Thatsachen, auf welche Beklagter sich beruft, kommen genau genommen hier nicht in ihrer positiven d. h. rechtserzeugenden Function in Betracht, sondern allein in ihrer negativen d. h. pflichtaufhebenden und anspruchsverneinenden Bedeutung [126]).

[125]) Unger, a. a. O. II § 116 Anm. 15 § 120 Anm. 7a S. 384. 411. c. 7 § 7 C. de praescriptione XXX a. 7, 39: »Nulla scilicet danda licentia - - - conductori - - dicendi ex quocumque temporum curriculo non debere se domino volenti post completa conductionis tempora possessionem recipere eam reddere.«

[126]) Ich vermeide das Wort »rechtsverneinend«, weil des Klägers Recht (d. h. sein Normenschutz und seine Anwartschaft auf Ansprüche

Aus denselben Gründen würde ich auch diejenigen Einreden zu den verneinenden und nicht zu den rechtsverfolgenden zählen, mittels derer nach den oft citirten Aussprüchen ULPIAN's[127]) den Interdicten des Hausvaters aus besonderen Gründen entgegengetreten werden kann. Nicht minder auch die gegen andere Interdicte gewährten Exceptionen, obschon etlichen derselben offenbar ein »Gegenrecht« des Beklagten zu Grunde liegt[128]). Denn wie ich die Sache betrachte, ist für die Charakterisirung der rechtsverfolgenden Einreden entscheidend, nicht dass die Thatsachen, auf welche sich Beklagter berufen kann, zugleich ein Recht desselben begründen[129]), sondern allein, dass dem Beklagten auch seinerseits ein (noch unbefriedigter) Anspruch gegen den Kläger zusteht, welchen er zwecks seiner Vertheidigung geltend zu machen vermag.

18. Alle Mittel der Rechtsverfolgung sind Mittel des Ansprechens und fallen unter den gemeinsamen Begriff des Anspruchs. Eine andere, hier nicht zu erörternde Frage ist, ob die Rechtsinstitute, welche wir auf den »Anspruch« zu beziehen pflegen, sämmtliche Formen der Rechtsverfolgung in gleicher Weise betreffen. Insbesondere wird

---

anderer Art) nicht geleugnet wird, sondern nur der erhobene Anspruch. Nicht anders, als wenn der Miether der Klage auf das vorletzte Quartalgeld gegenüber Zahlung oder Stundung behauptet: auch hier wird das obligatorische Recht des Klägers nicht in Abrede gestellt, wohl aber der concrete Anspruch.

[127]) l. 1 § 3. 5. l. 3 § 2. 5 de lib. exh. 43, 30. KRÜGER, a. a. O. S. 225. BIRKMEYER, a. a. O. S. 303.

[128]) Vgl. z. B. l. 1 § 16 de fluminibus 43, 12: » - ita excipiendum ait: extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit.« l. 1 § 10 de op. novi nunt. 39, 1. l. 3 § 2. 3 quod vi aut clam 43, 24.

[129]) So dass der Beklagte einen Anspruch (und mithin zumeist auch ein Klagrecht) zur Herstellung des gegenwärtigen Zustands haben würde, wenn er eben nicht in der glücklichen Lage sich befände, zur Zeit befriedigt zu sein.

diese Frage in Ansehung der Verjährung kritisch. Letztere lediglich auf das Klagrecht zu beziehen, geht offenbar nicht an. Denn wie jetzt zumeist anerkannt wird, steht die Verjährung wenigstens in einigen Fällen auch der einredeweisen Rechtsverfolgung entgegen[130]). Umgekehrt werden zwar sämmtliche Rechtsverfolgungsmittel[131]) durch Verjährung entzogen, aber nur demjenigen, welcher darunter auch das Klagrecht besass und von diesem Gebrauch zu machen versäumte. Sonach werden wir für das heutige Recht vielleicht sagen dürfen: nur der klagbare Anspruch unterliegt der Verjährung — allein in der Art, dass nach

[130]) l. 9 § 4 de iureiurando 12, 2, welche Stelle die Verjährung der replikweise verlangten in integrum restitutio anerkennt; Handelsgesetzbuch Art. 349 Abs. 3. Die l. 30 § 6 de peculio 15, 1 gehört nicht hierher: Savigny, System V S. 432 f. — Vgl. überhaupt Büchel, Civilrechtl. Erörterungen I (1832) S. 7 fg. Unger, a. a. O. II § 125 S. 510 fg. — Natürlich bezieht sich die Verjährung nur auf rechtsverfolgende Einreden. Verneinende Einreden stellen entweder das Recht oder doch den Anspruch oder das Klagrecht des Klägers in Abrede. Die Zulässigkeit solcher Allegationen verjährt nicht — auch dann nicht, wenn die Thatsachen, auf Grund derer der klägerische Anspruch bestritten wird, dem Beklagten zugleich ein Recht gewähren (§ 17). Auch nach 40 Jahren steht der rei vindicatio die Einrede des Niessbrauchs entgegen — einerlei ob der Usufructuar während dieser Zeit die Sache stets detinirt hat, oder ob er eine actio confessoria gehabt und dieselbe hat verjähren lassen, vorausgesetzt nur, dass nicht sein gesammter Niessbrauch durch gänzlichen non usus erloschen ist. Das Gegentheil dürfte man nur annehmen, wenn man davon ausginge, dass nach Verjährung des Anspruchs auch die Norm zurückgezogen werde, zu deren Realisirung jener Anspruch gegeben war. Dies aber scheint mir unerweislich zu sein. Wenn nach erhaltener Zusicherung einer 50jährigen Nutzung der Commodatar die actio commodati auf Herausgabe der Sache verjähren lässt und alsdann in den Besitz der letzteren gelangt, steht m. E. der Vindication des Verleihers immer noch bis zur Beendigung des 50jährigen Zeitraums die Einrede aus dem Leihvertrage (als verpflichtungsbestreitende Einrede) entgegen: arg. c. 5 C. de exceptionibus 8, 35 und zu dieser Stelle Büchel a. a. O. S. 16. 17 (welcher für das heutige Recht anders entscheidet) und Savigny a. a. O. S. 433.

[131]) Nicht aber, wie ich glaube, der Normenschutz selbst; Anm. 130.

Eintritt derselben nicht bloss das Klagrecht, sondern der gesammte Anspruch erloschen ist[132]). Ob dieser Satz auch legislatorisch sich empfiehlt, oder ob nicht die Verjährung besser alle Rechtsverfolgungsmittel ergreifen sollte, ist hier nicht zu prüfen. Dem naheliegenden Einwande, dass es unbillig sei, die Mittel der Rechtsverfolgung auch in Fällen zu entziehen, in denen sie ihrem Inhaber nicht die Möglichkeit eigener Initiative und vornehmlich nicht die Möglichkeit der Klagerhebung gaben[133]), könnte entweder durch Anerkennung der Mahnung als Unterbrechungsgrund der Verjährung oder durch Ausdehnung der in anderen Fällen der Behinderung gegebenen Protestbefugniss[134]) abgeholfen werden. Ein Fortbestehen der schwächeren Wirkungen ohne Begrenzung und sonach weit über die Zeit hinaus, deren Ablauf den von Anfang an stärkeren Anspruch zu Falle gebracht hat, scheint mir mindestens eine inelegantia iuris zu enthalten[135]).

[132]) Brinz, Pandekten 1. Aufl. I § 48 S. 167: (Man) »sollte - sagen: In und mit der (einmal zuständigen) actio verjährt auch die Anforderung (petitio überhaupt).«

[133]) l. 5 § 6 de doli exc. 44, 4.

[134]) c. 2 C. de annali exc. 7, 40.

[135]) Beispiele: 1) Der klagbare Anspruch erlischt (nach der herrschenden Ansicht) durch Verjährung vollständig und kann sonach auch kein Retentionsrecht mehr begründen — mindestens dann nicht, wenn der (gewesene) Gläubiger die Detention der Sache erst nach Ablauf der Verjährungszeit erlangt. Dagegen würde jede Verwendung auf die Sache, welche von Anfang an nur die Retentionsbefugniss und kein Klagrecht gegeben hätte, erstere auch dann noch gewähren, wenn die Sache in irgend welcher späteren Zeit in die Hände des Verwenders oder seiner Rechtsnachfolger kommen sollte. 2) Giebt Jemand an demselben Tage einem Unmündigen, einem Haussohne und einer grossjährigen, gewaltfreien Person ein Gelddarlehn, rückzahlbar nach Jahresfrist, ohne sich um die Sache fernerhin in irgend einer Weise zu kümmern, so ist nach 31 Jahren der Anspruch gegen den letztgedachten Empfänger ganz erloschen, die naturalis obligatio der beiden Erstgenannten aber bliebe noch bei Bestand — und zwar um desswillen,

19. Nach den früheren Untersuchungen besteht das subjective Recht in der Anwartschaft auf Ansprüche. Damit wir Jemand ein Recht zuschreiben können, muss von seinem Wollen der Erfüllungszwang wider den Uebertreter einer sein Interesse wahrenden Norm abhängig sein. Denn die Ansprüche setzen in allen ihren Formen — als Erlaubniss zur Selbsthülfe, als sog. Klagrecht, als Zuständigkeit einer rechtsverfolgenden Einrede etc. — zu ihrer Erhebung immer und stets ein Wollen, genauer ein Handeln, voraus. So erhebt sich aber endlich die Frage: wie verträgt sich hiermit die Thatsache, dass wir Rechte und Ansprüche auch den Willensunfähigen zuschreiben?

Man begegnet oft der Erklärung, dass solchen Personen nur der »actuelle«, nicht aber »der potentielle Wille« abgehe — oder dass sie, wenn auch in concreto stets willenlos, doch in abstracto willensfähig seien. Mir scheint dies eine Lösung, welche kaum dialektisch zu befriedigen vermag; zudem lässt sie uns bei ernstlichem Forschen nach den Gründen der zuvor gedachten Thatsache völlig im Stiche. Denn abgesehen von ihrer logischen Schwäche [136]), lässt diese Formel unerklärt, warum denn eine Potenz des

weil sie sich von Anfang an nur zu minderer Wirkung verpflichten konnten.

[136]) Man kann zwar von einer Fähigkeit sprechen, die sich noch nicht erprobt hat, weil bisher die Umstände nicht zusammentrafen, unter denen sie sich offenbaren würde — z. B. von der Fähigkeit Jemandes zur Bergbesteigung, noch ehe er einen Berg bestiegen, von seiner Fähigkeit zur Errichtung eines Testaments, ehe er noch ein solches gemacht hat. Allein eine Fähigkeit, welche nach den (jetzigen und unveränderlichen) Gesetzen der Natur oder nach den (jetzigen, wenn auch abänderbaren) Gesetzen der Rechtsordnung niemals sich als solche erproben könnte, ist ein Widerspruch in sich und in Wahrheit eine Unfähigkeit. Ist mithin das Kind, so lange es Kind, der Wahnsinnige, so lange er es ist, actuell immer und stets willenlos, so sind sie auch potentiell willensunfähig — sei es nun nach Naturgesetz oder allein in den Augen des Rechts.

Willens Voraussetzung der Rechtsfähigkeit sei. »Warum wird - - Willensanlage gefordert, wenn sie nicht zur Entwicklung zu kommen braucht und die Rechtsfähigkeit doch eintritt?«[137]). Wir müssen uns demnach nach einer andern Erklärung umsehen.

Zuvörderst bin ich nicht der Meinung, dass Kinder und Wahnsinnige im natürlichen Sinne willenlos sind. Die Erscheinungen, die wir, was auch immer ihr Grund sei, als Willensäusserungen bezeichnen und auf eine Willenskraft zurückführen, finden sich bei jedem menschlichen Wesen und nicht minder auch bei den Thieren[138]). Nur für das Recht kommen die Willensäusserungen der Thiere, der Kinder und Wahnsinnigen nicht in Betracht. Ein Rechtssatz ist es, welcher (wenn auch aus selbstredenden Gründen) den actuellen Willen dieser lebendigen Wesen zu ignoriren zwingt. Denn überall, wo von der Rechtsordnung eine Handlung als Vorbedingung einer Rechtsänderung gesetzt wird, ist nur die Handlung eines Menschen und zwar die eines vernünftigen, der Kindheit entwachsenen Menschen gemeint.

Trotz ihres actuellen Willens sind mithin Kinder und Wahnsinnige im Rechtssinne willenlos. Dass dennoch auch ihnen der Schutz der Normen zu Theil wird, steht hiermit nicht im Widerspruch. Denn der Normenschutz erfolgt ohne Zuthun des Geschützten. Kommt es sonach auf sein

[137]) Binding, Normen II S. 51 N. 76.

[138]) Die Wahrnehmung dieses actuellen Willens im natürlichen Sinne mag wohl auch der Anlass sein, wesshalb (im Gegensatz zu den Sachen) den vernunftberaubten Menschen immer noch Wille als Potenz zugeschrieben wird. Denn auf Genesung und damit auf Willensfähigkeit im Rechtssinne hat der unheilbar Blödsinnige, soweit menschliche Voraussicht reicht, nicht die geringste Hoffnung. Ein Wunder freilich könnte ihn herstellen — aber ein Wunder könnte auch den Todten wieder erwecken oder aus der leblosen Sache einen vernünftigen Menschen machen.

Wollen nicht an, so muss auch sein Wollenkönnen indifferent sein. Auch ist es nicht die etwaige Willensanlage der handlungsunfähigen Personen, nicht die Hoffnung, dass sie dereinst willensfähig werden möchten, welche die Rechtsordnung bestimmt, auch diese Wesen mit ihrer Fürsorge zu umfassen. Nicht um ihrer künftigen Entwicklung willen, welche im besten Falle zweifelhaft bleibt, wird den Neugeborenen sofort der Schutz der Normen zu Theil. Denn er verbleibt ihnen bis zu ihrem Lebensende, auch wenn sie geistig sich niemals entwickeln oder in späteren Jahren und zwar unheilbar verkümmern. Er wird ihnen zu Theil, weil sie gegenwärtig leben und damit Empfindungen, Bedürfnisse, Interessen besitzen — und weil sie weiter hin Menschen sind, deren Interessen die menschliche Gemeinschaft ebenso wie die der übrigen Genossen achtet und auch von den Anderen respectirt sehen will[139]).

So wenig wie der Normenschutz steht die Zuerkennung von Rechten mit der Willensunfähigkeit der Berechtigten in Widerspruch. Wie ich das subjective Recht auffasse, beruht es in der Aussicht auf Ansprüche. Und diese Anwartschaft kann auch solchen Personen eröffnet werden, welche von dem in Aussicht Gestellten zur Zeit keinen Gebrauch machen könnten. Es liegt kein Grund vor, das in der Zuerkennung künftiger Ansprüche liegende Moment des Schutzes[140]) den Unzurechnungsfähigen zu versagen.

Wohl aber liegt eine Schwierigkeit darin, dass auch gegenwärtige Ansprüche den rechtlich Willenlosen zugesprochen werden. Zwar wird ein logischer Widerspruch auch hierin kaum zu finden sein. Denkbarer Weise kann die Rechtsordnung mit der einen Hand ein Rechtsmittel an Alle gewähren und doch zugleich mit der andern Hand ge-

[139]) Siehe die schöne Stelle bei IHERING, Geist III S. 312. 3. Aufl. S. 322.

[140]) Oben S. 149. 150.

wisse Personen an dem Gebrauche desselben verhindern. Aber eine bittere Ironie scheint allerdings in solcher Zutheilung zu liegen. Wenn die Rechtsordnung die Wechselfähigkeit allen Personen verleiht, welche sich vertragsmässig verpflichten können, und diejenigen nicht ausnimmt, welche des Schreibens unkundig sind: so ist es doch nicht sie, welche den Illiteraten die Möglichkeit des Schreibens entzieht. Dagegen ist die Willensunfähigkeit gewisser Personen der Ausfluss eines Rechtssatzes. Und trotzdem gesteht die Rechtsordnung denselben Personen Mittel zu, deren Gebrauch eine Willensaction im Rechtssinne erfordern würde. Dies heisst allerdings, wie es scheint, Waffen zur Vertheidigung auch an körperlich Schwache und Gelähmte austheilen und diesen Personen zugleich noch die Hände binden, damit sie keinesfalls von ihrer Wehre Gebrauch machen können.

Vergegenwärtigen wir uns die verschiedenen Wege, welche der Rechtsordnung überhaupt offen stehen. Vielleicht zeigt es sich hierbei, dass der von ihr eingeschlagene Pfad, obschon er im Beginne seltsam zu führen scheint, doch unter allen möglichen der beste und sicherste ist. — Es wäre zunächst denkbar, dass die Rechtsordnung den Anspruch ausdrücklich auf die Handlungsfähigen beschränkte. Dann wäre allerdings jener Zwiespalt vermieden: die Willenlosen, welche von den Mitteln der Rechtsverfolgung ohnehin keinen Gebrauch zu machen vermöchten, wären dann auch ausdrücklich von denselben ausgeschlossen. Dann aber wäre zu deren Nachtheile in unbilliger Weise ein Sonderrecht geschaffen, und praktisch wäre nichts für jene gewonnen. — Oder es könnte der Staat den Interessen der Willensunfähigen auf andere Weise zu Hülfe kommen. Den Erfüllungszwang in Ansehung der ihrem Vortheil geltenden Normen könnte er selbst in die Hand nehmen. Das, was jetzt Privatrecht jener Personen ist, wäre damit zu

einem öffentlichen Rechte der Gemeinschaft erklärt. Allein es würde sich das Gemeinwesen solchenfalls eine fast unübersehbare Geschäftslast auflegen, und trotzdem würde den Interessen, die geschützt werden sollen, aus früher erörterten Gründen[141]) nur unvollkommen gedient sein. — Denkbar wäre es auch, dass die Rechtsordnung die Betreibung des Erfüllungszwangs jedem, der es wolle, überliesse. Der Weg der actiones populares wird aber nach unseren heutigen Lebensgewohnheiten nur wenig empfehlenswerth sein. Nicht immer werden sich Personen finden, welche da, wo es nöthig wäre, die Last der Rechtsverfolgung freiwillig übernehmen, ohne eigenes Interesse an der Sache und ohne Verpflichtung, in fremdem Interesse zu handeln. — So scheint denn der Weg der zweckmässigste zu sein, welchen unser Recht thatsächlich einschlägt. Es schreibt zwar, wie den Willensfähigen, so auch den Willenlosen selbst die Ansprüche zu; aber es sorgt auch gleichzeitig für eine Vertretung der Letzteren. Der Urliste der Handlungsfähigen[142]) wird ein Name entnommen und dessen Träger mit der Befugniss ausgestattet, für den Willenlosen mit demselben rechtlichen Erfolge zu handeln, wie wenn dieser willensfähig wäre und in Person gehandelt hätte. Der Vormund ist es, dessen Handlungsfreiheit und rechtliche Macht mit jedem Anspruche seines Mündels gewinnt. Allein diese Machtfülle wird ihm nicht zu eigenem Interesse gewährt, sondern zum Vortheile seines Pfleglings. Um dies Verhältniss der Interessenvertretung gleich auf den ersten Blick erkennen zu lassen, wird der Anspruch, den der Vormund geltend zu machen hat, als Anspruch des Mündels bezeichnet. Letzterem persönlich und unmittelbar

---

[141]) Oben S. 139.

[142]) Binding, a. a. O. II S. 49: »Die Handlungsfähigen bilden die Urliste derjenigen, welche das unendlich grosse Bedürfniss an Handlungen für alle Rechtssubjecte zu befriedigen bestimmt sind.«

nützt das Rechtsverfolgungsmittel nichts. Aber es ist auch unschädlich, dass ihm der Anspruch zugeschrieben wird. Wenigstens dann, wenn die Rechtsordnung sich entschliesst, die Verjährung des Anspruchs so lange ruhen zu lassen, als dessen Inhaber ein vormundloser Curande ist[143]).

Dem Willenlosen Ansprüche zuschreiben, enthält mithin keinerlei Hohn gegen diesen. In Verbindung mit der ihm geordneten Vertretung ist es vielmehr das Mittel, auch seine Interessen in gleicher Weise wie die der Handlungsfähigen zu befriedigen.

[143]) Wie dies betreffs der Ansprüche der Geschlechtsunreifen und (abgesehen von der dreissigjährigen Verjährung) betreffs der Ansprüche der Minderjährigen positivrechtlich geordnet ist -- hier selbst für den Fall, dass eine Vormundschaft besteht.





VI.

Genuss.

In den früheren Abschnitten habe ich folgende Sätze zu begründen versucht. Die Rechtsordnung schafft Recht lediglich durch den Erlass von Geboten und Verboten. Erstere erstreben eine Aenderung in den bisherigen Verhältnissen, letztere bezwecken deren Erhaltung. Erstere wollen dem Geschützten die Möglichkeit eines künftigen Genusses verschaffen, letztere die Möglichkeit eines Genusses des bisherigen Zustandes bewahren. Erstere schützen ein Interesse, letztere ein Gut. Aber die Rechtsordnung wirkt lediglich mit ihren Imperativen. Denn auf Imperativen oder deren Zurücknahme beruht auch der gesammte Apparat zur Erzwingung der Norm bez. zur Ahndung ihrer Verletzung. Folgeweise — und damit gehen wir einen Schritt weiter — hat es die Rechtsordnung mit dem Genusse, dessen Ermöglichung ihre Verbote bezwecken, nicht zu thun. Der Genuss des rechtlich geschützten Guts gehört niemals zu dem Inhalte des Rechts.

1. Dieser Auffassung steht fast [1]) die gesammte heutige

[1]) Mit voller Klarheit erkannt und ausgesprochen finde ich es nur bei Lenel, über Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 9 fg., dass

Doctrin geschlossen entgegen. Ihr ist das Geniessendürfen Inhalt des Rechts, der erlaubte Genuss der persönlichen Güter mithin Ausübung des Rechts der Persönlichkeit, der der Sache Ausübung des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts.

Nehmen wir statt Aller WINDSCHEID. »Dass Jemandem eine Sache eigen ist, will sagen, dass sein Wille für sie entscheidend ist in der Gesammtheit ihrer Beziehungen.« Kraft des Begriffs des Eigenthums stehe mithin dem Eigenthümer die Befugniss zu, die Sache zu gebrauchen und zu nützen; eine Ausübung dieser Befugniss, ein Gebrauchen, Nützen, Innehaben, Zerstören der Sache sei daher Ausübung des Eigenthumsrechts [2]). Ebenso heisst es betreffs der Rechte, »welche die eigene Person des Berechtigten zum Gegenstand haben« [3]):

> »Der Wille eines Menschen kann als entscheidende Norm für die eigene Person gedacht werden zunächst nach der Seite ihrer leiblichen Existenz. Nach dieser Seite steht dem Menschen zu ein Recht auf Leben und die Functionen, in welchen sich das Leben des Körpers äussert - -. An und für sich kann ferner der Wille des Menschen als entscheidende Norm für die eigene Person auch nach der Seite ihrer geistigen Existenz gedacht werden. Man gelangt dadurch zur Annahme

---

der Rechtszweck von dem Inhalte des subjectiven Rechts zu unterscheiden sei. Zwar hatte schon NEUNER, Privatrechtsverhältnisse, S. 11. 18. 154. betont, dass »der Gebrauch, welchen der Berechtigte von dem ihm rechtlich anerkannten Lebensgute machen wird, zunächst nicht unter der Herrschaft des Rechts« stehe, später aber bei Besprechung des Eigenthums S. 53 fg. wurde dieser richtige Gedanke wieder verlassen. Auch SCHLOSSMANN, der Vertrag, fällt trotz einzelner zutreffender Aeusserungen (S. 258. 259) zum Oeftern wieder in die hier bekämpfte Anschauung zurück (S. 249. 251. 255). Vortrefflich jedoch bereits KIERULFF, Theorie, S. 154. 308 fg.

[2]) WINDSCHEID, Pandekten, § 167. 149 N. 5; I S. 513. 447.

[3]) A. a. O. § 39 S. 94.

eines Rechts auf Bethätigung des Geistes in seinen verschiedenen Functionen. Dieses Recht ist aber zum Theil wieder - - weder bestreitbar noch verletzbar, so das Recht auf Bethätigung des Denk- und Empfindungsvermögens - -.«

Prüfen wir dies letztgedachte angebliche Recht etwas näher. Wie jedes subjective Recht müsste es auf einen Rechtssatz, ein Gesetz oder eine Gewohnheit, zurückzuführen sein. Allein der Gedanke an ein Gewohnheitsrecht ist hier ausgeschlossen. Seine Bildung setzt auf Seiten der Handelnden eine Uebung aus der Ueberzeugung ihrer rechtlichen Nothwendigkeit voraus. Auf Seiten der künftig Verpflichteten kann aber da von einer rechtlichen Nothwendigkeit nicht gesprochen werden, wo ein Andershandeln ihnen schon nach Naturgesetz unmöglich war. Es bliebe mithin nur ein Gesetz als mögliche Quelle jenes Rechts. Aber ein solches wird schwerlich angeführt werden können. Denn die Gesetze haben weder dies eine Recht, noch irgend ein anderes Recht des Genusses gewährt.

Vergegenwärtigen wir uns an einem einzelnen Beispiele, wie eine Gesetzgebung verfährt und wie sich der Zustand vor und nach derselben unterscheidet. Als das jüdische Volk am Berge Sinai sein Gesetz empfing, war nunmehr durch das eine Verbot: Du sollst nicht tödten! die Unantastbarkeit der Person verkündet. War bis dahin, wie wir annehmen wollen, das aus Egyptenland gezogene Volk noch ohne Recht gewesen und stand sonach bis dahin der Tödtung eines Genossen wenigstens kein äusserlich bindendes Gesetz entgegen, so war jetzt die Tödtung durch Rechtssatz verboten, das Leben der Einzelnen durch dies Verbot und die seiner Uebertretung gedrohten Folgen unter den Schutz der Gesammtheit gestellt. Aber der Genuss ihres Lebens war für die Einzelnen hierdurch in keiner Weise verändert. Hatten sie früher geathmet, gearbeitet, gegessen, getrunken

geruht, so thaten sie nunmehr genau das Nämliche fort. Auch war dies Athmen, Arbeiten, Essen, Trinken und Schlafen nicht zu einem Rechte erhoben, während es früher ein solches nicht war. Nur eine Sicherung war all diesen Lebensäusserungen zu Theil geworden durch das eine Verbot der Tödtung. Sie selbst blieben unverändert dasselbe: dem Rechte indifferente Handlungen[4]).

Und nicht anders liegt die Sache bei uns. Das Recht der Persönlichkeit besteht, wie wir sahen, aus der Gesammtheit der jetzt weit zahlreicheren Verbote, welche gemeinsam die Unantastbarkeit der persönlichen Güter bezwecken. Zum Rechte des Geschützten wird es, insofern ihm zur Erzwingung jener Normen ein Anspruch gewährt wird. Aber die einzelnen Lebensäusserungen gehen das Recht auch heute nichts an. Die Rechtsordnung braucht sie nicht erst zu erlauben; es genügt, dass sie dieselben nicht verbietet. Denken wir uns einen Augenblick, irgend eine Rechtsordnung der Welt habe Beides neben einander verordnet, einmal: »Niemand darf einen Andern tödten oder verletzen« und daneben noch weiter: »Ein Jeder darf über seine leib-

[4]) Selbstverständlich da nicht, wo die einzelnen Lebensäusserungen durch andere Gesetze verboten wurden: z. B. die Arbeit, wo Sabbathheiligung, das Essen, wo Fasten geboten ward. — Es ist interessant zu sehen, wie jetzt Gareis, die Privatrechtssphären im modernen Culturstaate (Hartmann's Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis III (1877) S. 145) diesen Gang der Gesetzgebungen anerkennt, jedoch darin nur einen »Umweg« erblickt: » - die Statuirung positiver subjectiver Rechte erfolgt historisch zunächst auf einem Umwege, nämlich in der Art, dass die negative oder negirende Seite in den Vordergrund gestellt wird, das Recht als geschützt erscheint in der Weise, dass gewisse Handlungen den Andern, den Nichtberechtigten, verboten werden; das Recht des »Berechtigten« ergiebt sich dann daraus, dass ihm gegenüber »Nichtberechtigte« existiren, deren Rechtssphären eingeschränkt sind.« Fragen wir aber, wo alsdann dem Berechtigten ein positives Recht nachträglich zugesprochen worden ist, welches nach Gareis' Geständniss nicht »durch praktische Bedürfnisse gefordert« war, so werden wir auf die Darstellung der Lehrbücher verwiesen.

liche und geistige Existenz nach Belieben bestimmen« — so wäre letzteres ein völlig zweckloser und müssiger Satz. Es würde sich dies zeigen, wenn es der Rechtsordnung gefiele, die zweite Bestimmung unter ausdrücklicher Aufrechthaltung der ersteren wieder aufzuheben. Nach wie vor würde dann ein Jeder leben und alle Lebensfunctionen verrichten. Dass er früher die ausdrückliche Erlaubniss der Rechtsordnung dazu hatte und dieser Erlaubniss nunmehr entbehrt, kann ihm recht gleichgültig sein. Genug für ihn, wenn er es physisch kann und wenn es ihm rechtlich nicht verboten ist.

2. Den Genuss der rechtlich geschützten Güter selbst wieder als ein Recht oder als Ausübung eines Rechts aufzufassen, ist hiernach überflüssig und zwecklos. Indessen wäre es möglich, dass die Annahme eines solchen Rechts eine, wenn auch unnöthige, so doch bequeme und völlig unschuldige Fiction enthielte. Letzteres aber ist keineswegs der Fall. Unzuträglichkeiten aller Art sind vielmehr die unausbleibliche Folge derselben.

Vor Allem setzt sich die bekämpfte Anschauung mit dem innersten Wesen des Rechts in Widerspruch. Die Rechtsordnung sucht den Willen der Normunterworfenen durch Gebote und Verbote zu bestimmen — ein blosses Erlauben ist niemals Sache des Rechts [5]). Die natürliche Freiheit des Menschen besteht rechtlich überall fort, bis ihr durch die Rechtsordnung eine Schranke gesetzt ist. Was nicht verboten ist, ist ebendesswegen erlaubt. Eine ausdrückliche Erlaubniss hätte nur da Sinn, wo vordem ein Verbot bestand. Dann aber würde sie die Rücknahme jenes Verbotes bedeuten,

[5]) Selbst nicht, wo die Rechtsordnung Befugnisse gewährt z. B. zur Eheschliessung, zur Eigenthumsübertragung, zur Obligirung, zur letztwilligen Verfügung, mit einem Worte zum Rechtsgeschäft. Inwiefern auch diese scheinbaren Gewährungen auf Imperative ausmünden, werde ich im folgenden Abschnitte zu zeigen haben.

mithin keine Rechtssetzung, sondern eine Rechtsaufhebung sein[6]). Die Annahme eines »Du darfst Deine körperlichen und geistigen Kräfte benutzen, Deine Sache gebrauchen, missbrauchen, vernichten« stände mithin im Widerspruch mit dem Grundgedanken des Rechts. Aber noch mehr. Wollte man aus einem derartigen »Du darfst« ein subjectives Recht des Einzelnen ableiten, dann müsste die Rechtsordnung nicht bloss erlauben, sondern die erlaubte Handlung auch gewährleisten. Wenigstens müssten dies diejenigen zugeben, welche im Rechte statt eines blossen Dürfens ganz correct eine Zusicherung von Hülfe erkennen[7]). Dann aber wäre der Einzelne befugt, zu all dem, wozu ihm ein Recht zugeschrieben wird, die Gemeinschaft um Hülfe anzugehen. Dem ungeschickten Reiter müsste auf sein Verlangen der Staat auf sein Pferd helfen, den entlaufenen Hund müsste die Gemeinschaft mit suchen. Dass dem nicht so ist, liegt auf der Hand. Die Rechtsordnung kümmert sich eben regelmässig um den Genuss der Güter nicht, weder um das Ob noch um das Wie des Genusses. Ihre Aufgabe ist es, für den etwaigen Genuss die Hindernisse hinwegzuräumen, die andere Personen unbefugt demselben stellen. Und sie erfüllt diese Aufgabe, indem sie durch ihre Verbote die Unantastbarkeit der fremden Person und der fremden Sache ausspricht.

3. Die Schwierigkeiten steigern sich bei dem Versuche

---

[6]) Trefflich HAELSCHNER, Gerichtssaal XXI (1869) S. 82. 83. Richtig auch schon SAVIGNY, System I S. 58. Das, was THÖL, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1851) S. 103 gegen SAVIGNY vorbringt, — dass die rechtliche Erlaubniss um desswillen Bedeutung habe, weil »es oft schwer (sei) zu wissen, was Alles ich thun, und was Alles ich unterlassen darf« — ist m. E. nicht schlagend. Die Erklärung der gesetzgebenden Gewalt, dass etwas nicht verboten sei, setzt weder Recht noch hebt sie, falls sie der Wirklichkeit entspricht, einen Rechtssatz auf; sie enthält vielmehr lediglich eine Belehrung.

[7]) Vgl. oben S. 222.

der Durchführung der gegnerischen Ansicht. Giebt es »ein Recht auf Leben und die Functionen, in welchen sich das Leben äussert«, umfasst ferner das Eigenthum die Befugniss zum Gebrauchen und Nützen der Sache, so ist jede Lebensäusserung und ebenso jede Einwirkung auf die eigene Sache Rechtsausübungshandlung. Und da das Recht im Wollendürfen bestehen soll, würde sich die Rechtsausübung als Geltendmachung des durch das Recht gestatteten Willensinhalts darstellen [8]).

Nun stehen wir vor zwei eigenthümlichen Erscheinungen. Auch die Kinder und Wahnsinnigen sind rechtsfähig. Mit ihrer Geburt haben sie ein Recht der Persönlichkeit, mit Eintritt einer Erwerbsthatsache auch Eigenthum. Kraft ersteren Rechts dürften sie demnach athmen, sich bewegen, empfinden, kraft ihres Eigenthums ihre Sachen benutzen, verzehren, zerstören. Sie haben dies »Recht« d. h. sie dürfen all dies wollen; allein sie können im Rechtssinne nicht wollen, da die Rechtsordnung ihnen die Willensfähigkeit abspricht. Streng genommen müsste es nun der Vormund sein, der zur Ausübung auch dieser ihrer »Rechte« berufen wäre [9]). Aber für den Mündel athmen, sich bewegen, empfinden kann der Vormund überhaupt nicht; in des Mündels Namen dessen Eigenthum nützen und verzehren könnte er zwar, doch läge dies nicht in des Mündels Interesse. Diese Consequenz wird denn auch nicht gezogen. Man beruhigt sich dabei, dass die Bevormundeten in Person leben und essen und trinken. Aber obschon man ihnen ein »Recht« zu diesen Handlungen

[8]) Windscheid, Pandekten § 121. 149 N. 5; I S. 349. 447.

[9]) Denn »der Vormund ist befugt, die Rechte des Mündels geltend zu machen« — ebenda § 440. Windscheid § 37 N. 2 frägt mit Recht: »Ihering nimmt keinen Anstand daran, dass statt des Willensunfähigen, in seinem Namen, ein Anderer klage: wird er nicht unserer Definition zugestehen, dass, soweit zur Wirksamkeit des Rechtes reales Wollen erforderlich ist, im Namen des Berechtigten ein Anderer wollen könne?«

zuschreibt, ist hier ihr Thun doch keine Rechtsausübung[10]). Sie haben ein »Recht« zu leben und ihr Eigenthum zu geniessen — sie leben auch und geniessen ihr Eigenthum — aber hier nicht in Ausübung ihres Rechts. Ihr Leben, ihr Essen und Trinken ist ein anderes als das der willensfähigen Menschen: bei letzteren ist es Rechtsausübung, bei jenen nicht[11]).

Eine fernere Disharmonie würde der gegnerischen Ansicht wenigstens für das römische Recht entspringen. Da die Sclaven überhaupt rechtlos waren, wird man ihnen auch ein »Recht zu sein«[12]) nicht zusprechen wollen. Ihre Lebensäusserungen, obschon von denen der Freien ununterscheidbar, wären daher sicher keine Rechtsausübungshandlungen gewesen. Man darf sie auch nicht zu solchen

---

[10]) Wenn WACH, Gerichtssaal 1873 S. 450 sagt: »Der Wahnsinnige übt sein Eigenthum aus, wenn er das ihm gehörige Brod verzehrt. Er thut nicht Unrecht, wenn er seine Vermögensobjecte zerstört«: so ist letzteres vollkommen richtig, aber ein unverbotenes Thun ist noch keine Rechtsausübung.

[11]) Den Fehler in die Rechnung bringt hier nicht die Auffassung des Rechts als Wollendürfen, sondern lediglich die des Genusses als eines Rechtes. Dies zeigt sich daran, dass BINDING — welcher IHERING's Definition vom Rechte folgt, vgl. Normen I S. 154 fg. II S. 51 — zu dem nämlichen Resultate kommt. Ihm ist »Rechtsausübungshandlung«, »wenn ich auf meinem Pferde eine Stunde spazieren reite« (II S. 47 A. 69). Da nun die Rechtsausübung von ihm (S. 46. 45) zu den »rechtlich relevanten Handlungen« gezählt und zur Vornahme solcher Handlungsfähigkeit erfordert wird, muss BINDING zu dem Satze kommen, dass das Reiten eines Kindes auf seinem Pferde ein ganz anderes Ding ist als das des Erwachsenen. Ja, wenn Letzterer beim Reiten einschläft — »Die bittersten Feinde der Handlungsfähigkeit normaler Menschen - - sind der Schlaf etc.« S. 86 — verwandelt sich der Spazierritt aus einer Rechtsausübung in ein gewöhnliches Thun, um beim Erwachen des Reiters wieder in jene umzuschlagen. Ich frage mich vergeblich, was das Reiten des wachen Eigenthümers juristisch relevanter macht als das des Eingeschlafenen. Zu solchen unfruchtbaren Unterscheidungen nöthigt die bekämpfte Theorie.

[12]) BRUNS in VON HOLTZENDORFF's Encyclopädie 3. Aufl. S. 353.

erheben, indem man in ihnen etwa eine Ausübung des Rechts erblickt, das der Eigenthümer an dem Leben seiner Sclaven hatte. Den Sclaven war zwar im Interesse ihrer Herren Geschäftsfähigkeit zugestanden, aber nicht die Fähigkeit, die Rechte ihrer Herren auszuüben. Zudem würde auch dieser Ausweg für die servi sine domino versagen. Bei den Sclaven wird man sich mithin entschliessen müssen, die nämlichen Handlungen, die bei den Freien Rechtsausübungen sein sollen, als das anzusehen, was sie wirklich sind: als rechtlich unverbotene[13]), aber darum eben rechtlich irrelevante Genusshandlungen. Will man dies nicht, spricht man auch hier von einem Rechte zu leben und dessen Ausübung, dann betritt man eine abschüssige Bahn, auf der kein Halt mehr ist. Dann ist es nur consequent, nicht bloss mit dichterischer Phantasie[14]) sondern allen Ernstes auch den Thieren ein Recht zu leben zuzusprechen[15]).

4. Damit sind aber die Unzuträglichkeiten der herrschenden Lehre nicht erschöpft. Bei Festhaltung derselben käme man dahin, entweder jedes unverbotene Thun als eine Rechtsausübung zu bezeichnen und folgeweise von einer Unsumme von Rechten zu reden, vor deren Annahme unser Gefühl sich sträubt[16]), oder in leere und nichtige Unter-

---

[13]) Die Handlungen der Sclaven und die der Thiere unterscheiden sich insofern, als erstere, nicht aber letztere rechtlich verboten oder geboten sein können. Denn die Sclaven, obschon rechtsunfähig, sind doch rechtspflichtfähig: A. Schmidt, von der Deliktsfähigkeit der Sclaven nach röm. Rechte (1873) S. 6; Binding, a. a. O. II S. 48 Anm. 71.

[14]) »Dieses Recht zu freiem Leben,
Dies Geschenk der höchsten Milde,
Welches Gott sogar dem Wilde,
Vogel, Fisch und Bach gegeben.« Calderon, das Leben ein Traum.

[15]) So sollen nach Spinoza »die Fische das Recht haben, zu schwimmen, die grossen Fische das Recht, die kleineren zu verzehren« — citirt bei Ahrens, in von Holtzendorff's Encyclopädie 3. Aufl. S. 23.

[16]) So findet es Arndts, Pandekten § 24 A. 2 nicht nöthig, »das Recht, nach Belieben zu schlafen, zu arbeiten oder spazieren zu

scheidungen zu verfallen [17]). Vornehmlich aber würde das Verhältniss der Rechtsordnung zum Sittengesetze in bedenklicher Weise getrübt. Zwar könnten immerhin einzelne Lebensäusserungen und Sachgenussarten rechtlich verboten werden. Das Verbot, welches nach unserer Auffassung lediglich die vordem vorhandene natürliche Freiheit beschränkt, würde vom Standpunkte der herrschenden Lehre aus zugleich als eine Rücknahme der Erlaubniss, mithin als eine Aufhebung des »Rechts« gedeutet werden können. So liesse sich beispielsweise das Verbot gewerbsmässiger Unzucht oder das Verbot, auch eigene Thiere in Aergerniss erregender Weise zu quälen, mit beiden Theorieen vereinen. Eine unüberwindliche Schwierigkeit würden aber der herrschenden Lehre all die Handlungen bereiten, die, ohne rechtlich verboten zu sein, von unserem sittlichen Gefühl missbilligt und gebrandmarkt werden. Sind doch die unverbotenen Genussarten nach der gegnerischen Auffassung Rechte. Durch Rechtssatz verboten ist es nun nicht, seine Freiheit auch in ganz unwürdiger Weise zu gebrauchen: träge zu sein, wo das Sittengesetz Arbeit, unkeusch zu sein, wo letzteres Reinheit verlangt. Ebenso ist es dem Eigenthümer zumeist rechtlich unverwehrt, in sittlich unverantwortlicher Weise mit dem Seinen zu schalten: zu schlemmen und zu prassen, zu kargen und zu geizen. Wäre nun jede unverbotene Genusshandlung eine Rechtsausübung, so würde man auch ein Recht zum Müssiggang, ein Recht

---

gehen u. s. w.« im Privatrechtssysteme abzuhandeln; die Rechtsqualität aber wird nicht bezweifelt. Vgl. auch Brinz, Pandekten 1. Aufl. § 22: »das Recht, auf dem Campus Martius Ball zu spielen«. Wäre jedes unverbotene Thun Rechtsausübung: dann würde man jeden Morgen beim Erwachen mit Ausübung des Rechts, aufzustehen beginnen oder mit Ausübung des Rechts, noch länger liegen zu bleiben — und all die tausend trivialen Verrichtungen, die das tägliche Leben mit sich bringt, würden für den Handlungsfähigen zu Rechtsübungen erhoben.

[17]) Schlossmann, a. a. O. S. 244.

zu unkeuschen Werken, ein Recht zum Selbstmorde[18]) annehmen müssen — nicht minder ein Recht des Eigenthümers zum Schlemmen und Prassen, zum Kargen und Geizen[19]). So wird Recht und Sittlichkeit in einen unnöthigen Zwiespalt gebracht. Er verschwindet sofort, sobald man den Genuss des rechtlich geschützten Guts vom Inhalte des Rechts scheidet. Wenn die Rechtsordnung durch ihre Verbote der Person und dem Eigenthum der Einzelnen Schutz gewährt, so geschieht dies freilich, damit sie ihre körperlichen und geistigen Kräfte und ihr Eigenthum frei nützen und gebrauchen können. Ermöglichung eines Genusses ist Zweck jedes subjectiven Rechtes. Aber man darf nicht einmal sagen, dass das Recht jeden Genuss zu ermöglichen bezweckt. Auch der Rechtsordnung ist nur

---

[18]) Vorausgesetzt, dass der Selbstmord nicht rechtlich verboten ist — wofür die Straflosigkeit des Versuchs natürlich kein so sicheres Kennzeichen abgiebt, wie vordem die Strafbarkeit des Versuchs für das Verbotensein. Dass die Annahme eines Rechts an der eigenen Person in dem bekämpften Sinne »in consequenter Entwicklung auf die Anerkennung eines Rechts zum Selbstmord führt« ist von Savigny, System I S. 336 richtig erkannt worden. Wenn Windscheid a. a. O. § 39 N. 1 hiergegen bemerkt: »Mit nichten: es folgt aus derselben nur, dass der Selbstmörder den ihm gegenüberstehenden Personen kein Unrecht thut«, so ist dies an sich völlig zutreffend, aber mit dem eigenen Ausgangspunkt schwerlich zu vereinen. Denn entweder ist jedes unverbotene Thun Ausfluss eines Rechts, dann aber auch der (unverbotene) Selbstmord; oder man findet in letzterem nur ein Nichtunrechtthun: dann wird aber auch jedes andere unverbotene Thun von einer Rechtsausübung zu einem blossen Nichtunrechtthun herabsinken müssen. Wie Windscheid auch Neuner a. a. O. S. 17. Gegen Letzteren sachlich unrichtig, aber in sich consequent Bürkel, Krit. Vierteljahrsschrift XI S. 198.

[19]) Zu welchen gefährlichen Consequenzen die irrthümliche Annahme eines Rechtes auf den Genuss auch sonst leicht führen kann, weist Haelschner a. a. O. S. 83 treffend auf: »Ist aus dem Erlaubten, dem Essen und Arbeiten, erst ein Recht zu essen, zu arbeiten geworden, dann liegt es nahe, dass der Berechtigte sich den Verpflichteten sucht, dass er gegen den Staat sein Recht auf Nahrung, auf Arbeit geltend macht.«

ein verständiger und sittlicher Gebrauch der Güter erwünscht; seine Ermöglichung allein leitete sie bei Gewähr ihres Schutzes. Wenn sie aber zu diesem Zwecke die Unantastbarkeit der fremden Person und der fremden Sache verkündet, so ist nicht ausgeschlossen, dass statt eines verständigen Genusses eine missbräuchliche Benutzung des Gutes erfolgt. So wenig die Rechtsordnung dies wünscht oder bezweckt, so wenig wird sie es zu verhindern in der Lage sein. Nie werden alle Gebote der Sitte zu Rechtsvorschriften erhoben werden können. Der Bereich des rechtlich Verbotenen wird stets ein engerer sein als der des sittlich Untersagten. Die Rechtsordnung wird sich damit begnügen müssen, die gröbsten Genussausschreitungen zu verbieten. Hält sich der Einzelne innerhalb der Grenzen des Nichtverbotenen, so hat die Gemeinschaft keinen Anlass einzuschreiten. Auch dann können die Handlungen noch recht unsittliche sein, wie die obigen Beispiele zeigen. Der Staat duldet dann die in dem Missbrauch liegende Unsittlichkeit, macht sich aber nicht durch Gewähr eines Rechtes dazu zum Complicen.

Das Bedürfniss, eine missbräuchliche Benutzung der rechtlich geschützten Güter zu verbieten, wird je nach den Zeitverhältnissen verschieden sein. So kann unter gewöhnlichen Umständen dem Eigenthümer volle Macht über seine Sache gelassen werden. Der Egoismus der Einzelnen wird hier das Correctiv sein, welches das allzuhäufige Vorkommen einer unverständigen und damit missbräuchlichen Benutzung des Guts hintanhält. Erfolgt eine solche doch, lässt der Eigenthümer z. B. seine sämmtlichen Pferde abstechen, seine Getraidevorräthe in's Wasser schütten, so übt er damit zwar kein Recht aus, ja die Rechtsordnung hat ihm zu solchem Zwecke den Eigenthumsschutz nicht gewährt — da sie aber eine solche Handlungsweise auch nicht verboten hat, muss sie dieselbe dulden. Wollte Je-

mand dagegen in Kriegszeiten seine Pferde tödten, während einer Hungersnoth Getraidequantitäten nutzlos vernichten, so hätte die Rechtsordnung volle Veranlassung, durch schleunigen Erlass eines Verbots derartigem Missbrauche zu steuern. Ein wohlerworbenes Recht würde dadurch nicht gekränkt. Ein Recht der Zerstörung, welches Viele dem Eigenthümer und nur diesem zusprechen[20]), ja ohne welches nach der Ansicht Einiger[21]) das Eigenthum aufhören würde, Eigenthum zu sein, existirt nicht. Dem Eigenthümer ist nur für gewöhnlich nicht verboten, seine Sache[22]) zu vernichten. In keinem andern Sinne aber, wie es Jedermann unverboten ist, Krähen zu schiessen oder Mücken zu tödten oder Ungeziefer zu vertilgen — obschon dem Zerstörer des Lebens dieser Thiere weder vor noch nach seiner That ein Recht an den letzteren zustand[23]). Unverbotene Handlungen — wiederum dem unendlich weiten Felde angehörig, welches zwischen dem rechtlich verbotenen und dem rechtlich geschützten Handeln liegt, dem Felde, auf welchem die Thätigkeit des Menschen nicht gebannt und verstrickt ist, aber auch nicht der Hülfe der Rechtsgemeinschaft geniesst. Diesem Zwischengebiete gehört ebenso jeder unverbotene Genuss eines rechtlich geschützten Guts an. Ihn ein Recht zu nennen, ist weder nöthig noch richtig.

5. Das stärkste Bollwerk wird die herrschende Lehre in der Natur des dinglichen Rechts und namentlich in der

---

[20]) Sintenis, Civilrecht § 47. Arndts, Pandekten, § 130. Vgl. auch Vangerow, Pandekten § 295 A. 1 Windscheid, a. a. O. § 149 N. 5.

[21]) Ahrens in v. Holtzendorff's Encyclopädie 3. Aufl. S. 52. 53.

[22]) Genauer sein sachliches Gut. Vgl. die treffenden Bemerkungen bei Schlossmann, a. a. O. S. 293.

[23]) Der Gedanke an Occupation ist ausgeschlossen, da der Handelnde niemals die Absicht hatte, die Thiere lebend oder todt für sich zu haben. Was er wollte und ausführte, war lediglich die Tödtung eines lebenden Wesens, das weder vorher noch nachdem Jemand gehörte.

des Eigenthums zu finden glauben. Ist es doch hier ein feststehendes Dogma, dass das dingliche Recht seinem Inhaber eine unmittelbare Herrschaft über die Sache verleihe, während in obligatorischen Verhältnissen der Gläubiger immer und stets nur mit der Person seines Schuldners zu thun habe[24].

Suchen wir zunächst den Sinn des Satzes festzustellen. Offenbar soll er nicht besagen, dass dem Erwerbe eines dinglichen Rechts stets ein factisches Haben der Sache vorausgehen müsse. Schon nach römischem Rechte konnte z. B. der Legatar das Eigenthum an einer Sache erhalten, die er niemals gesehen hatte. Nicht der Erwerb des dinglichen Rechts wird von einem unmittelbaren Verhältnisse zur Sache abhängig gemacht; letzteres soll vielmehr sei es Folge sei es Kennzeichen eines jeden dinglichen Rechtes sein. Mit der herrschenden Lehre ist es hiernach zu vereinen, wenn die eine Rechtsordnung durch Kauf sofort ein dingliches Recht entstehen lässt, während dasselbe Geschäft nach andern Rechten nur eine obligatorische Verpflichtung des Verkäufers begründet[25]. Wohl aber müsste sich die unmittelbare Herrschaft des Eigenthümers über seine Sache, falls sie den wesentlichen Charakter des dinglichen Rechts bilden soll[26], in jedem Falle sofort nach Erwerb des dinglichen Rechtes zeigen. Ich wüsste aber nicht, in wiefern der Käufer, falls er sogleich mit dem Kaufabschlusse Eigenthümer würde, in ein anderes Ver-

---

[24]) Als Gegner dieser Lehre sind neuerdings aufgetreten LENEL a. a. O. S. 11. 12; SCHLOSSMANN a. a. O. S. 262 fg. Dagegen hat sich wieder für die herrschende Ansicht mit aller Schärfe erklärt SOHM, der Begriff des Forderungsrechts, GRÜNHUT's Zeitschrift IV (1877) S. 459 fg.

[25]) Die Beweisführung SCHLOSSMANN's a. a. O. S. 264 ist mithin unschlüssig, soweit sie sich auf die Wahrnehmung derartiger Verschiedenheiten der Gesetzgebung stützt. Vgl. oben S. 170 fg.

[26]) WÄCHTER, württemb. Privatrecht § 46 S. 292. 294. 296. UNGER, System I § 61 S. 514. 527; § 62 S. 539. 546.

hältniss zur Sache käme, als wenn er nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Verkäufer gewinnt. Oder ist das Verhältniss des Grundbesitzers, in dessen Boden ein Anderer einen Schatz gefunden, zu der ihm gebührenden Hälfte des Schatzes in der That ein anderes, je nachdem man die bestrittene Frage, ob ihm Miteigenthum oder nur ein Forderungsrecht zustehe, in dem einen oder in dem andern Sinne entscheidet? Mich dünkt, beide Fälle würden darin vollkommen gleich sein, dass der Grundbesitzer seinen Antheil zur Zeit nicht hat und nicht beherrscht, wenn er ihn auch zu haben wünscht; dass ihm ferner eigenmächtige Wegnahme des Gefundenen untersagt ist[26a]) und dass er sonach den Finder auf Herausgabe belangen muss. Dass im Uebrigen die Fälle verschieden sind, will ich am wenigsten leugnen. Sprechen wir dem Eigner des Grundstücks nur ein Forderungsrecht zu, so ist sein Schutz auf das obligatorische Soll des Finders beschränkt; erkennen wir ihn als Miteigenthümer des Schatzes an, so erweitert sich sein Rechtsschutz durch das allgemeine Verbot, ohne Zustimmung des Eigenthümers auf die fremde Sache einzuwirken. Allein es ist unmöglich, diese Verschiedenheit damit zu bezeichnen, dass man ihm im letzteren Falle eine unmittelbare Herrschaft über die Sache, im ersteren nur eine Herrschaft gegenüber der Person des Finders zuschreibt.

Man scheint bei Aufstellung jenes Satzes an einen andern Sachverhalt zu denken. Man stellt sich den Eigenthümer als thatsächlichen Besitzer vor und vergleicht nunmehr seine Rechtsstellung mit der eines nur obligatorisch Berechtigten. Wenn man sich nun den Letzteren weiter als noch unbefriedigt denkt — wie es z. B. der Käufer ist vor Erlangung der Sache —, so ist der Unterschied hand-

[26a]) Sogar bei Strafe untersagt, wenn auch Voraussetzungen und Strafen hier verschieden liegen würden.

greiflich. Dem Eigenthümer ist allerdings fast jeglicher Gebrauch seiner Sache unverwehrt, dem Käufer ist ein Zugreifen ohne Zustimmung des Verkäufers verboten. Ersterem steht die Sache nach seinem Belieben zu Gebote, Letzterer ist auf sein Forderungsrecht gegenüber dem Verkäufer beschränkt. Dort unmittelbarer Genuss der Sache, hier Erhoffung künftigen Genusses, vermittelt durch die intervenirende Leistung des Schuldners. Bei diesem Vergleiche ist jedoch das zu Vergleichende verschoben. Man will dingliches und obligatorisches Recht gegenüberstellen und setzt als weitere Voraussetzung dort einen thatsächlichen Zustand, der dem Rechte entspricht und hier einen dem Rechte widersprechenden Zustand. Die Verschiedenheiten, die sich hieraus ergeben, darf man dann nicht ohne Weiteres auf Verschiedenheiten der Rechte zurückführen[27]).

Um klar zu sehen, werden wir die Verhältnisse auf beiden Seiten gleichartig stellen müssen. Wir nehmen daher an, der Eigenthümer sei im Besitze seiner Sache, der Miether in der Detention des gemietheten Hauses. Hier muss es sich zeigen, ob ein Unterschied besteht, ob in der That der dinglich Berechtigte mit der Sache selbst, der Miether nur mit der Person des Vermiethers zu thun hat[28]). Wiederum sehe ich nicht, wie das thatsächliche Bewohnen eines Hauses überhaupt ein verschiedenes sein kann, mag nun der Be-

[27]) So verstehe ich Brinz, Pandekten, § 129 S. 468, wonach in der Unmittelbarkeit des Sachenrechts eine gewisse Unabhängigkeit und Fertigkeit der Berechtigung insofern gelegen sein soll, als »man im Sachenrechte die Sachen, die unser Vermögen bilden sollen, bereits hat, während man sie, bei der anderen Form des Vermögens (den Forderungen) erst bekommen soll.« — Dem entsprach auch die früher gebräuchliche Bezeichnung der dinglichen Rechte als Rechte an Sachen im Gegensatz zu den Forderungsrechten als Rechten auf Sachen; welche letztere Bezeichnung freilich recht ungenau war, da nicht jedes obligatorische Recht auf Begründung eines Sachenrechts oder auch nur auf eine Sachleistung gerichtet ist.

[28]) Neuner, a. a. O. S. 53. 153. Sohm, a. a. O. S. 459.

wohner Eigenthümer, Usufructuar oder auch nur Miether des Hauses sein. Alle drei benutzen die Räume, bei allen dreien ist auch der Wille direct auf Benutzung der Sache gerichtet. Der Miether wäre übel daran, wenn er sich nur an die Person des Vermiethers und erst durch dessen ständige intervenirende Leistung an die Sache halten dürfte; noch übler der Commodatar, welcher sich etwa eine Reisetasche zwecks Benutzung derselben auf seiner Reise hatte leihen lassen. Man wende nicht ein: die Grenzen ihres unverbotenen Genusses sind nicht die gleichen; der Eigenthümer darf weit mehr als der Miether. Gewiss ist es wahr, dass die Grenzen ihres sog. Nutzungsrechts verschiedene sind. Allein zur Charakterisirung dessen, was Beiden unverboten ist, kann dieses Moment nicht dienen. Der Eigenthümer ist auch minder beschränkt wie der Nutzniesser und doch sind beide dinglich Berechtigte; ebenso kann dem einen Miether nach Inhalt des Contracts eine weit freiere Stellung eingeräumt sein als einem anderen. Wir sprechen daher nur von demjenigen Genusse, der allen drei Personen unverwehrt ist. Dieser aber ist bei Allen der gleiche: der Eigenthümer wohnt nicht unmittelbarer in seinem Hause wie der Miether in dem gemietheten[29]).

6. Wäre es richtig, dass sich der obligatorisch Berechtigte lediglich an die Person seines Schuldners zu halten hätte und nur durch dessen fortdauernde Leistung eines Sachgenusses theilhaftig werden könnte, so würde sich

---

[29]) Noch prägnanter würde der Vergleich sein zwischen einem Käufer, welcher vom Eigenthümer erworben und mithin selbst Eigenthümer geworden ist, und einem solchen, welchem der verkaufende Nichteigenthümer nur bei Fortfall des habere licere verpflichtet wird. Hier ist weder äusserlich im Wohnen noch innerlich in dem Wollen und Meinen des Käufers eine Verschiedenheit. Ich habe jedoch auf dies Beispiel verzichtet, weil der Käufer allerdings Besitzer ist und als solcher, wenigstens nach meiner Auffassung, ein dingliches Recht an der Sache hat.

hieraus eine Consequenz von grösster praktischer Bedeutung ergeben. Mit Wegfall des vermittelnden schuldnerischen Willens oder doch jedenfalls mit der erklärten Veränderung desselben würde dem Gläubiger die Basis seines »Rechtes« entzogen. Ein fortgesetzter Genuss der Sache wäre von diesem Augenblicke an widerrechtlich. Dem Gläubiger bliebe es unbenommen, seinen Schuldner auf weitere Gewähr des Genusses sowie auf Schadloshaltung wegen der vertragswidrig entzogenen Gestattung zu belangen: allein bis der Wille des Schuldners durch den Process gebrochen[30]), bliebe jeder Genuss dem Gläubiger versagt[31]).

Diese Consequenz scheinen denn auch die römischen Quellen zu ziehen. Dem Pächter wird durch einseitiges vertragswidriges Verbot des Verpächters die Möglichkeit entzogen, durch Besitzergreifung der Früchte deren Eigenthümer zu werden[32]). Es ist dies gerade der Fall, den man anzuführen liebt, um die Verschiedenartigkeit der Rechtsstellung eines dinglich und eines obligatorisch Berechtigten zu kennzeichnen[33]). Und allerdings ist eine Verschiedenheit

[30]) Oder äusserstenfalls bis der Wille des Schuldners durch den Ausspruch des Richters ersetzt ist — wobei dahingestellt bleiben mag, ob sich ein solches Suppliren des schuldnerischen Willens mit der herrschenden Auffassung der Obligation als eines Rechts auf Handlung verträgt.

[31]) Am Schärfsten ist diese Consequenz erkannt und gezogen von Ziebarth, die Realexecution und die Obligation (1866) S. 45. 188: » - nicht die Sache [wird] unmittelbar dem Rechte des Miethers unterworfen, sondern dies bleibt die Person und ihr Wille, und wenn dieser Wille selbst rechtswidrig aufhört, so kann der Miether nicht sich selbst unmittelbar aus der Sache Befriedigung verschaffen, sondern er muss den Willen des Verpflichteten auf dem geordneten Wege in die Bahnen des Rechts zurückzwingen.«

[32]) Ulpian l. 6 de donationibus 39, 5 » - si quis a me emerat sive mercede conduxerat, ut paterer eum [sc. lapidem] sibi iure eximere si antequam eximat, me paenituerit, meus lapis durat - «. Vgl. auch Anm. 35. 36.

[33]) Vangerow, Pandekten, § 113 Anm. Z. 3. a. — Neuner, a. a. O.

unleugbar. Emphyteuta und Usufructuar sind betreffs des Eigenthumserwerbs an den Früchten von dem Belieben des Grundeigenthümers unabhängig, so abweichend auch sonst ihr Fruchterwerb sich gestaltet. Der Widerspruch des Grundeigenthümers vermag nicht zu hindern, dass die Früchte sofort mit ihrer Entstehung als selbstständige Sachen dem Emphyteuta zufallen; ebensowenig, dass der Usufructuar mit dem Besitze auch das Eigenthum an den Früchten erwirbt [34]). Allein genau genommen gehört der ganze Fall nicht hierher. Bei dem Fruchterwerb handelt es sich nicht um den factischen Genuss einer Sache ohne Veränderung ihrer rechtlichen Stelluug. Vielmehr kommt ein Rechtserwerb, eine Veränderung des Eigenthums an den Früchten in Frage. Die Römer haben nun den Eigenthumserwerb des Pächters auf eine Tradition der Früchte zurückgeführt [35]). Bei dieser aber ist anerkannt, dass der Besitzerwerb unter Zustimmung des Tradenten erfolgen muss. Die vorgängige Erklärung der letzteren genügt allein für sich nicht; wenigstens macht jede spätere Willensveränderung, ja jeder Willenswegfall den Eigenthumserwerb unmöglich [36]).

S. 153. Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 52. Sohm, a. a. O. S. 400.

[34]) Dass der Niessbrauchsberechtigte erst durch Perception das Eigenthum gewinnt, hat seinen Grund darin, dass sein Recht als ein ius utendi fruendi bezeichnet wird, mithin als ein Recht, welches ihm zum Zwecke eigener Thätigkeit gewährt wird und ihm nicht die Früchte in den Schooss werfen will. l. 1 pr. quando dies 7, 3: »Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius qui fruitur et utitur· etc.«

[35]) l. 6 de donationibus 39, 5: » - quodammodo traditione meus factus est [sc. lapis] - quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate.« l. 62 § 8 de furtis 47, 2 » - fructus, quamdiu solo cohaereant, fundi esse et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere.« l. 16 pr. de praescr. v. 19, 5 » - quia mea facta est, cum voluntate tua exempta est.« Vat. fr. 1 »- fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit.«

[36]) l. 55 de obl. et act. 44, 7: »In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium

Es ist dies ein Fall, in welchem, um mit KÖPPEN zu reden[37]), das Rechtsgeschäft selbst bis zur Vollendung der Tradition pendent ist. Wie sich beim Verkaufe der Verkäufer zwar auch zur Tradition verpflichtet, sein Wille zu tradiren aber bis zum Augenblicke der Besitzergreifung fortdauern muss, widrigenfalls der einseitig zugreifende Käufer kein Eigenthum erwirbt[38]), so ist auch bei dem Pachtverhältnisse eine Fortdauer des Traditionswillens betreffs der Früchte erforderlich. Wird doch locare und vendere fructus oftmals gleichgestellt[39]), wie denn auch der Pächter seinerseits die Früchte am Stehen verkaufen darf[40]). Darum wird auch bei dem Pachtverhältnisse eine Andauer des Traditionswillens erfordert. Jedes Verbot der Einerndtung macht den Eigenthumserwerb des Pächters unmöglich; ist es vertragswidrig und ungerechtfertigt, so mag der Pächter seinen persönlichen Anspruch auf Erfüllung und Entschädigung erheben[41]). Ob dieser römisch-rechtliche Satz unserem heutigen Rechtsbewusstsein entspricht oder ob die bei Ueberweisung der Detention dem Pächter ertheilte Ermächtigung demselben trotz späteren Widerrufs des verpachtenden Grundeigenthümers den Erwerb der Früchte ermöglicht, ist eine Frage, die hier nur aufgeworfen werden soll. Ihre Beantwortung würde wohl von der Auffassung jener Ermächtigung abhängen. Mag aber die Antwort bejahend oder verneinend

nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.«

[37]) KÖPPEN, der Fruchterwerb des bonae fidei possessor (1872) S. 18—24.

[38]) l. 5 de a. v. a. p. 41, 2 »- si vendidero nec tradidero rem, si non voluntate mea nanctus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es.«

[39]) l. 8 § 1. 3 l. 9 § 6 de rebus auctoritate iud. 42, 5 — l. 6 de donat. 39, 5.

[40]) l. 62 § 8 de furtis 47, 2.

[41]) l. 15 § 8 l. 25 § 1 locati 19, 2.

lauten, für die Frage, die uns gegenwärtig beschäftigt, ist sie bedeutungslos. Die Erfordernisse des Eigenthumserwerbs durch Tradition entscheiden nicht darüber, ob in obligatorischen Verhältnissen der Berechtigte überhaupt nur in einer mittelbaren Beziehung zu der ihm überwiesenen Sache steht.

7. Wir haben uns mithin auf Fälle zu beschränken, in denen kraft obligatorischen Rechts der Genuss einer Sache erfolgen soll, ohne dass die dinglichen Rechte an letzterer eine Veränderung erfahren. Alltägliche Fälle solcher Art sind Sachmiethe und Commodat. An ihnen muss es sich zeigen, ob die gegnerische Theorie sich bewährt.

Speciell für die Miethe wird auch die oben hervorgehobene Consequenz der herrschenden Lehre von Ziebarth rein und voll gezogen[42]).

> »Der Vermiether übergiebt nicht die Sache ein für allemal dem Miether zu selbständigem Rechte, denn das hiesse ein dingliches Recht constituiren, sondern er gewährt die Sache täglich, stündlich von Neuem; es liegt nicht ein einmaliger Willensact vor, sondern eine ununterbrochene Kette von Willensacten, die in jedem Augenblick abgerissen werden kann und deren Abreissen dem Miether den Boden unter den Füssen so lange wegnimmt, bis er durch Richters Macht die Kette wieder angeknüpft hat.«

> »Der Miether darf auch nicht die Sache so lange zurückhalten, bis er versucht hat, durch den Process und dessen sittliche Macht auf den Vermiether einzuwirken, denn

---

[42]) a. a. O. S. 45. 50. Vgl. auch oben Anm. 31. Aehnlich auch Bruns, Besitzklagen (1874) S. 238 und neuerdings Sohm a. a. O. S. 400: »Zwischen dem Miether und der Sache steht die Person des Vermiethers mitten inne, welche die Unterwerfung der Sache unter den Willen des Miethers herbeiführt und fortdauernd vermittelt. Der Vermiether bleibt der Herr der Sache, und (vom Standpunkt des Privatrechts aus gesehen) sein freier Wille ist es, welcher dem Miether in jedem Augenblick den Nutzen der Sache zuwendet.«

bis dahin würde er ja doch sein Recht auf den Willen ohne den Willen, also ein anderes Recht, also ein Unrecht durchsetzen.«

Zwar werden diese Sätze nur für das römische, nicht auch für das heutige Recht aufgestellt. Allein nur aus dem Grunde, weil die Miethe, wie ZIEBARTH zu begründen sucht, nach deutscher Rechtsanschauung zu einem dinglichen Rechte erhoben worden sei. Wo aber der obligatorische Charakter der Miethe rein festgehalten werde, da seien auch jene Folgerungen unabweisbar. Und so gelangt ZIEBARTH weiter zu folgenden Sätzen[43]:

» I. Nach classischem römischen Rechte konnte der Vermiether den Miether - - als blossen Detentor aus eigener Macht zu allen Zeiten entsetzen.

II. Der juristische Besitzer hatte zu demselben Zwecke seine possessorischen Interdicte, gegen welche der Detentor keine Einrede aus seinem Vertrage entnehmen konnte - -

III. Ganz dieselbe absolute Kraft hatten sogar die petitorischen Rechtsmittel (Rei vindicatio, Publiciana, Negatoria) des Vermiethers, dergestalt dass auch gegen sie keine der erwähnten Einreden statthaft war.«

Meine Stellung zu dieser Lehre ist nun die folgende. Zunächst bin ich geneigt, die letztgedachten Sätze für das ältere römische Recht als richtig zuzugeben. Weiter stimme ich mit ZIEBARTH darin völlig überein, dass sich diese Sätze mit Nothwendigkeit ergeben, sobald man den Unterschied des dinglichen und des persönlichen Rechts in die unmittelbare oder durch den Willen des Schuldners vermittelte Beziehung des Berechtigten zur Sache setzt. Einverstanden bin ich weiter damit, dass die gedachten Sätze heutzutage

---

[43]) S. 11. 124.

nicht gelten[44]). Statt aber hieraus zu schliessen, dass die Miethe bei uns aufgehört habe, ein rein obligatorisches Verhältniss zu sein, halte ich an dem obligatorischen Charakter der Miethe fest[45]) und trete vielmehr dem Vordersatze, der gedachten Begriffsbestimmung der Obligation, entgegen.

Für das ältere römische Recht halte ich die Aufstellungen Ziebarth's für zutreffend. Der Vermiether konnte possessorisch wie petitorisch jederzeit auf Räumung der Miethwohnung klagen. Wenn er aber, obschon vertragsbrüchig, die Verurtheilung des Miethers erreichte, so lag der Grund nicht darin, dass die Römer der älteren Zeit besonders feinfühlend waren für die Ungehörigkeit eines obligatorischen Einwands gegenüber einem Anspruche aus einem dinglichen Rechte. Der Grund lag vielmehr, wie bereits von anderer Seite mit Recht hervorgehoben worden ist[46]), in der Ungelenkigkeit des älteren Processes, der durch das Princip beherrscht wurde: ein Process, eine Frage. Machte der Kläger Besitz oder Eigenthum geltend, so musste dieses sein Recht trotz der Vermiethung bejaht werden und die Bejahung zog Verurtheilung nach sich. Schon der classische römische Process lässt aber eine Kreuzung von sachenrechtlicher Intention und Exceptionen auf Grund obligatorischer Verpflichtungen zu.

Für unser heutiges Recht wird sich das Verhältniss also gestalten. Nehmen wir an, der Eigenthümer eines Hauses hat dasselbe auf 5 Jahre vermiethet. Vor der Uebergabe ist der Eigenthümer geschützt durch die allgemeinen Verbote, die den Miether nicht weniger wie die Uebrigen treffen. An den Eigenthümer selbst ergeht das besondere Gebot, sein Versprechen durch Einräumung des

---

[44]) Wogegen Sohm a. a. O. S. 462 auch die praktische Gültigkeit für seine Sätze in Anspruch nimmt.

[45]) Mit einer unten zu besprechenden Einschränkung. Vgl. Anm. 72.

[46]) Degenkolb, Krit. Vierteljahrsschrift IX (1867) S. 212. 229.

Hauses zu erfüllen. Ist aber die Wohnung gewährt, so ist der Vermiether seiner Obliegenheit nachgekommen. Wohl können demselben in weiterer Entwicklung des Verhältnisses neue Verpflichtungen erwachsen, z. B. falls Reparaturen sich nöthig machen oder falls rechtliche Hülfe gegen Dritte zu leisten ist [47]). Allein abgesehen von solchen Möglichkeiten ist die Verpflichtung des Vermiethers erfüllt. Es ist nicht richtig, dass er täglich und stündlich das Haus neu zu gewähren habe. Eine derartige Zumuthung steter Willensanspannung wäre unerträglich und undurchführbar. Würde ein solches Verlangen ernstlich gestellt, so könnte kein gewissenhafter Mann jemals vermiethen [48]). Nimmt man es aber mit dem Gebote in der Praxis nicht so genau: wozu stellt man es dann theoretisch auf? Ist es doch auch für das Interesse des Miethers völlig müssig. So lange dieser das Haus bewohnt, hat er alles, was er begehren kann. Ob der Vermiether in jedem Augenblicke an das Vertragsverhältniss denkt, oder ob er Haus und Miether zeitweilig vergisst oder willensunfähig wird oder stirbt, ja ob der Vermiether die Ueberlassung des Hauses bereut und sich nach demselben zurücksehnt: dies alles kann dem Miether gleichgültig sein. Er geniesst das, was ihm der Vertrag gewähren sollte. Er hat eine Wohnung: was der Vermiether betreffs derselben denkt oder wünscht, kann dem Miether weder helfen noch schaden.

Wie aber, wenn der Vermiether zur Ausführung seines vertragswidrigen Vorhabens schreitet? Dem Miether wird das Fortbewohnen des Hauses verboten, nachdem noch kein Jahr der bedungenen Miethzeit verstrichen ist. Dass nunmehr von einem »intervenirenden Willen« des Ver-

---

[47]) Vgl. Anm. 68.

[48]) Vgl. oben S. 199 fg.

miethers nicht mehr gesprochen werden kann, leuchtet ein. Hätte es also der Miether in der That nur mit der Person seines Schuldners und nicht mit der Sache zu thun, so müsste er ausziehen so schleunig als er es vermag. Dann erst könnte er auf Erfüllung und Entschädigung klagen. Getrost berufe ich mich hiergegen auf die Realität des Lebens. Kein noch so gewissenhafter Mann — und sollte er selbst ein Anhänger der gegnerischen Lehre sein — wird einem so ungerechtfertigten Ansinnen weichen. Trotz des Verbots wird er unbedenklich im Gefühle seines guten Rechts in der Wohnung verbleiben. Er wird sich an die Sache halten, die ihm vertragsmässig überwiesen ist, und wird — wenn er nicht seinerseits den Vermiether zur Klagerhebung provocirt — den ferneren Schritten des Gegners ruhig entgegensehen.

Dem Vermiether bieten sich nunmehr, falls er den Weg Rechtens betreten will, drei Möglichkeiten dar. Er kann aus dem Contracte auf Rückgabe klagen, er kann sein Eigenthumsrecht geltend machen, er kann zu possessorischen Rechtsmitteln greifen. Dass er mit der actio locati nicht durchdringen würde, wird auch von ZIEBARTH anerkannt[49]). Ebensowenig wird ihm aber die rei vindicatio helfen. Der Miether handelt nicht normwidrig, wenn er das gemiethete und ihm überwiesene Haus bewohnt und benutzt. Das allgemeine Verbot, welches den Eigenthümer schützt, trifft jetzt und während der Contractszeit den Miether nicht mehr. Während dieser Zeit ist mithin die Vindication ausgeschlossen[50]). Wird sie dennoch erhoben, so scheitert sie

[49]) S. 141. Gegen sein Princip, da die actio locati nach ZIEBARTH Realexecution zur Folge hat und sonach von einem obligatorischen Gegenanspruch nicht beeinflusst werden dürfte; vgl. DEGENKOLB a. a. O. S. 224.

[50]) Ein Zeichen hierfür ist, dass während dieser Zeit auch von einer Verjährung der Vindication nicht die Rede ist. Vgl. Abschnitt V Anm. 125.

an der Einrede aus dem Contracte. Denn es ist, wenn nicht nach dem classischen römischen Rechte, so doch nach dem heutigen Rechte nicht zu bezweifeln, dass auch solche Thatsachen, welche nur die Person des Beklagten befreien, der Klage aus dem dinglichen Rechte entgegengesetzt werden können[51]).

Endlich kann der Vermiether zu possessorischen Rechtsmitteln greifen. Sowohl das interdictum uti possidetis steht ihm zu, wie das interdictum unde vi — ersteres bei Gefährdung seines Besitzes durch den Miether[52]), letzteres bei vollendeter Entsetzung. Als eine solche wird es aber angesehen, sobald der Miether der Aufforderung des Vermiethers zuwider vorsätzlich die Wohnung nicht räumt[53]). Nur frägt es sich, ob der Vermiether mit seinem Anspruche durchdringen wird, wenn sich der Miether zur Rechtfertigung seines Wohnenbleibens auf den Inhalt des Miethvertrags beruft. Entscheidend hierfür ist die Interpretation der Schlussworte der l. 12 de vi: »nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset«. Vom Standpunkte des Marcellus aus können sie nicht auf das contractliche Recht des Miethers bezogen werden. Ebensowenig freilich auf ein Retentionsrecht des Miethers wegen Impensen[54]). Das

---

[51]) Gai. IV, 117. l. 9. 48. 65 de r. v. 6, 1. l. 18 pr. fam. erc. 10, 2. l. 4 § 29. 30 de doli m. exc. 44, 4; vgl. l. 4 pr. de serv. 8, 1. l. 16 si servitus v. 8, 5.

[52]) l. 3 § 3 uti poss. 43, 17.

[53]) l. 12 de vi 43, 16. l. 18 eod. »placebat colonum interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit.« Die Unterstellung Windscheid's (§ 400 N. 7), dass hier »der Miether die Sache nicht kraft seines Miethrechts, sondern als eigene besitzen will«, halte ich nicht für begründet.

[54]) A. M. Degenkolb, a. a. O. S. 227. Vangerow, Pandekten, § 643 Anm. 2 a. E. Ich sehe aber nicht, wie der Miether zwar entschuldigt sein soll, wenn er auf Grund einer zweifelhafteren Ersatzforderung wegen Verwendungen die Sache zurückbehält, nicht aber, wenn er sich dabei auf eine contractliche Zusicherung beruft.

Fragment hat vielmehr ebenso wie die Parallelstelle desselben Verfassers[55]) einen Fall vor Augen, aus dessen Umständen sich ergiebt, dass der Detentor den Besitz nicht vorenthalten wollte — sei es nun, weil er thatsächlich nicht in der Lage war, die Sache zurückgeben zu können[56]), sei es, weil er sich im Irrthume befand über den Willen des Besitzers[57]). Andererseits scheint es mir glaubhaft, dass den Stellen im justinianeischen Rechte eine weitere Bedeutung zukommt[58]). Auch ein Nichtzurückgebenwollen, wenn es nur gerechtfertigt ist, wird nunmehr eine iusta et probabilis causa darstellen. Hiernach würde eine Retention wegen Impensen ebenso wie eine Retention auf Grund des Miethcontracts das interdictum unde vi nicht mehr begründen. Dafür spricht, dass dem Detentor zu eigenem Interesse später eine actio furti gegen den Besitzer gegeben wird, der ihm die vertragsmässig überlassene Sache heimlich entzogen hat[59]), dafür spricht ferner, dass schon die Byzantiner die iusta causa also verstehen[60]). Der Delictscharakter der Handlung, welchen das Interdict voraussetzt, fällt hinweg, wenn sich der Beklagte auf sein

[55]) l. 20 de a. v. a. p. 41, 2.

[56]) Dies scheint mir der in l. 20 cit. gemeinte Fall zu sein.

[57]) Z. B. er zweifelte, ob der Käufer wirklich Käufer sei. So erklärt Scholion 6 zu Bas. LX, 17, 18 die l. 12 cit. zunächst: »Τυχὸν ἀγνοῶν αὐτὸν εἶναι ἀγοραστήν·«

[58]) Für das Recht Justinian's nimmt auch Ziebarth S. 164 ein Retentionsrecht auf die Dauer der Miethszeit an. Vgl. auch die Allegate ebenda S. 129 sowie Glück, Pandekten, Bd. XVIII S. 23 und Brückner, die Wohnungsmiethe (1877) § 13 Anm. 12 S. 44.

[59]) l. 15 § 2 l. 60 de furtis 47, 2: »interfuit eius - per retentionem eas servare -«. Ich erblicke hierin im Vergleich zu l. 21 pr. commodati 13, 6 eine Fortentwicklung, die aber freilich zur Voraussetzung hat, dass der Detentor auch gegen eine possessorische Klage hätte retiniren können.

[60]) Das cit. Scholion fährt fort: »ἢ ὡς μήπω τυχὸν πληρωθέντων τῶν τῆς μισθώσεως χρόνων.«

vertragsmässiges Recht gegenüber dem Kläger berufen kann. Aehnlich steht auch dem interdictum quod vi aut clam die Einrede der Permission entgegen [61]). Jedenfalls würde für das heutige Recht dem Miether Schutz zu gewähren sein, falls man ihm eine actio spolii auf Wiedererlangung der ohne seinen Willen verlorenen Detention gegen den Verpächter zuspricht.

Vermag hiernach der Vermiether auf dem Wege Rechtens nicht zur Räumung der Wohnung zu gelangen, so erhellt, dass ihm auch Eigenmacht zu diesem Zwecke nicht gestattet ist [62]). Der Miether handelt nicht normwidrig, wenn er wohnen bleibt — wohl aber der Vermiether, wenn er den Miether vertragsbrüchig auszutreiben versucht [63]). Dem Miether ist mithin nicht verwehrt, sich in der Wohnung durch eigene Kraft zu behaupten. Dieselbe Abwehr ist natürlich auch dem Angriffe Dritter gegenüber gestattet. Denn entweder handelt der Dritte im Einverständniss mit dem Vermiether: dann trifft die Normwidrigkeit des Letzteren auch den Angreifer mit. Oder der Dritte handelt auf eigene Hand, ohne Zustimmung des Vermiethers: dann verletzt er das den Letzteren schützende Verbot [64]) und der Miether darf auch dieser Normwidrigkeit wehren.

Erst wenn der Miether dem Angriffe unterlegen ist, zeigt sich der Unterschied seiner Rechtsstellung und der

---

[61]) l. 3 § 2. 3. 4 quod vi aut clam 43, 24.

[62]) Ueberhaupt würde der (bisherige) Besitzer zur Gewalt gegen die Person nicht schreiten dürfen. Denn die Besitznahme gegen den Willen des Vermiethers ohne rechtfertigenden Grund wird zwar als vi geschehen erachtet, so dass sie das interdictum unde vi begründet, nicht aber als ein Angriff, welcher die Eigenmacht des bisherigen Besitzers als Abwehr erscheinen liesse. Vgl. Bruns, a. a. O. S. 149 fg. 210.

[63]) c. 3 C. de locato 4, 65 »invitum te expelli non oportet«. Vgl. auch c. 15 C. eod. und dazu Basil. XX, 2, 77: *»Οὐ δεῖ ἐκβάλλεσθαι τὸν μισθωτὸν ἀπὸ τοῦ ἀγροῦ.«*

[64]) l. 1 § 22 l. 20 de vi 43, 16.

eines dinglich Berechtigten. Der Miether war nach römischem Rechte durch selbstständige Verbote Dritten gegenüber nicht geschützt [65]). War er aus dem Hause vertrieben, so stand ihm daher gegen den Dejicienten kein Rechtsmittel zu. Dieser hatte das den Vermiether schützende Verbot [66]), kein zu Gunsten des Miethers gegebenes verletzt [67]). Der Letztere konnte mithin nur von dem Vermiether Geltendmachung oder Ueberweisung seiner Ansprüche begehren [68]), oder Entschädigung, wenn der Vermiether dies nicht wollte oder vermochte [69]). Darum ist aber auch, wenn das heutige Recht den Detentoren zu eigenem Interesse die actio spolii zuspricht, diese Art der Detention wie der römische Besitz zu einem dinglichen Rechte erwachsen [70]). Nicht dass Realexecution dem Vermiether gegenüber eintritt, erhebt die Miethe zum dinglichen Rechte; die Mittel der Execution entscheiden nicht über die Qualität des Rechts, das vollstreckt wird [71]). Ebensowenig, dass das Verhältniss des Miethers zur Sache ein unmittelbareres geworden ist: der heutige Miether bewohnt die gemietheten Räume nicht anders wie der römische Inquiline. Wohl aber, dass dem Miether ein Rechtsmittel gegen jeden Spolianten gegeben wird. Denn dies bekundet, dass die Spoliation des Miethers

---

[65]) Vgl. jedoch Anm. 72.

[66]) l. 1 § 22 l. 20 de vi 43, 16.

[67]) l. 1 § 10 eod. »-poterit interdicto uti: non tamen si colonus.«

[68]) l. 1 § 1 de superficiebus 43, 18: »si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere.« l. 24 § 4 i. f. locati 19, 2. Das kaiserliche Recht gewährte dem Pächter insofern eine gewisse Erleichterung, als er legitimirt sein sollte, für den abwesenden Verpächter zu klagen: c. 1 pr. C. si per vim 8, 5.

[69]) l. 15 § 8. l. 25 § 1. l. 30 pr. l. 32. 33. 35 pr. i. f. locati 19, 2. l. 120 § 2 de leg. I.

[70]) Bruns, a. a. O. S. 226 fg. 239. 243. — Windscheid, a. a. O. § 162 N. 8. I S. 498.

[71]) Oben S. 206.

allgemein verboten ist. Ein allgemeines Verbot eines gewissen Sachgenusses für Andere zwecks der Ermöglichung eines gewissen Sachgenusses des Berechtigten ist aber das Charakteristische eines dinglichen Rechts[72]).

---

[72]) Es ist eine interessante, jedoch hier nur anzudeutende Frage, ob der Detention zu eigenem Interesse und zumal dem Pachtverhältnisse auch schon nach römischem Rechte ein sachenrechtliches Moment innewohnt. Das Entscheidende würde sein, ob der Detentor gegen die Einwirkung Dritter auf die Sache selbstständig durch allgemeine, auch den Eigenthümer treffende Verbote geschützt ist. Namentlich könnte hier an das interdictum quod vi aut clam gedacht werden, das zweifellos auch dem colonus gebührt: l. 27 § 14 ad leg. Aq. 9, 2. l. 11 § 12. l. 12. l. 13 § 4. l. 19 quod vi aut clam 43, 24. Allein sehr bedenklich ist mir, ob dasselbe wie Windscheid (§ 465 N. 6) anführt, auch »gegenüber dem Eigenthumsrecht« gegeben wird. Die Stellen sagen nicht, dass das Interdict auch gegen den Eigenthümer geht; es wird nur wegen Handlungen Dritter gegeben, sofern dieselben zugleich dem zu Gunsten des Eigenthümers erlassenen Rechtsverbote zuwiderlaufen. Mit andern Worten, der Pächter geniesst keines besonderen Rechtsschutzes, er hat kein eigenes Recht, sondern er darf nur die Verletzung des fremden Rechtsschutzes verfolgen, ein fremdes Recht klagweise geltend machen — wobei dahingestellt bleiben mag, inwieweit der Pächter nach der Verletzung unabhängig von dem Eigenthümer ist. Uebrigens giebt auch Windscheid N. 18 das Interdict nicht »dem obligatorisch zur Detention Berechtigten kraft eigenen Rechts« sondern »kraft des Rechts des Verpächters« — womit ich die frühere Bemerkung freilich nicht in Einklang zu bringen weiss. Auch Brinz, Pandekten, 2. Aufl. I § 174 S. 696 gewährt dem Pächter das Interdict selbst wider den Grundherrn und Ihering, Jahrb. für Dogmatik XV (1877) S. 407 dem Miether wider seinen Vermiether, den Hauseigenthümer. Wenn indessen Ihering die l. 22 § 2 quod vi aut clam 43, 24 auf wechselseitige Gewalthandlungen des Miethers und des Vermiethers bezieht (auf den Fall nämlich, wo Letzterer die Thüre vernagelt und Ersterer die Bretter eigenmächtig wieder entfernt hat): so scheint mir diese Erklärung um desswillen unannehmbar, weil die Thüre des gemietheten Hauses vom Standpunkte des Miethers aus und noch dazu in Beziehung zum Vermiether und Hausherrn doch wohl nicht als »ianua mea« bezeichnet werden kann. — Ebensowenig kann ich annehmen, dass die actio legis Aquiliae, welche dem Pächter wegen Beschädigung der ungetrennten Früchte, nicht aber dem Commodatar gewährt wird (l. 27 § 14. l. 11 § 9 ad leg. Aq. 9, 2), auch gegen den Eigenthümer zusteht. A. M. Windscheid § 455 N. 18.

8. Dass nicht ein unmittelbares Verhältniss des Berechtigten zur Sache, sondern lediglich die Allgemeinheit des dem Sachgenusse gewährten Normenschutzes das dingliche Recht von dem obligatorischen abhebt, dafür kann ein weiterer Beweis der geschichtlichen Entwicklung zweier Rechtsinstitute, der Superficies und des Rechts am ager vectigalis, entnommen werden[73]). Wie sich die Römer dessen bewusst sind, ist das Recht des Erbmiethers erst dadurch zum dinglichen geworden, dass der Prätor demselben auch Dritten gegenüber durch in rem actio und Interdict Rechtsschutz zu ertheilen verhiess[74]). Vorher war das Verhältniss ein rein obligatorisches gewesen. Mochte es auch sonst in manchen Punkten eigenthümlich geartet sein, dem Superficiar gab es nur ein Recht gegen den Besteller und dessen Successoren. Nun erhellt aber, dass durch Aufstellung der actio in rem in dem Edicte das Verhältniss des Superficiars zur Sache nicht beeinflusst und nicht mit einem Schlage aus einem mittelbaren zu einem unmittelbaren werden konnte. Erhielt doch möglicherweise eine Anzahl von Superficiaren von der erfolgten Rechtsänderung überhaupt nicht oder doch nicht sofort Kenntniss. Und doch waren sie schon von dem Augenblicke an, in welchem das Edict ihnen den neuen Anspruch verhiess und noch ehe sie von dieser Rechtsänderung Kunde erlangt hatten, zu dinglich Berechtigten geworden. Von einem Umschlage in ihrem Wollen kann mithin ihr dingliches Recht nicht abhängig gewesen sein: ihr Wollen und Thun blieb nach wie vor dasselbe, nämlich, wie ich meine, auf ein Be-

[73]) Der Kürze wegen werde ich nur von dem ersteren sprechen.

[74]) l. 3 § 3 de op. n. n. 39, 1: »Si ego superficiarus sim - - an possim nuntiare? movet, quod quasi inquilinus sum: sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo - - nuntiatio debet mihi concedi.« l. 1 § 1 i. f. de superficiebus 43, 18. Vgl. auch l. 73 § 1. l. 74. 75 de r. v. 6, 1. l. 1 § 1 si ager 6, 3. l. 15 § 26 de damno inf. 39, 2.

wohnen des Hauses gerichtet[75]). Das, was ihre frühere Stellung von ihrer jetzigen unterschied, bestand in dem erhöhten Schutze, der ihnen zu Theil ward. Indem ihnen der Prätor seinen Rechtsschutz gegen die Vorenthaltung etc. des Grundstücks Seitens Dritter versprach, erliess er damit zugleich ein Verbot der Vorenthaltung etc. an die unbegrenzte Menge[76]). Dies Verbot hatte bereits Realität, hierdurch hatte der Superficiar sofort erhöhte Sicherheit gewonnen, noch ehe er von dem neuen Rechtssatze erfahren. Nicht sein Wille hatte sich geändert, wohl aber seine rechtliche Lage.

Dass das dingliche Recht des Superficiars von der Einführung der utilis in rem actio datirt, wird auch allgemein anerkannt. Treffend bemerkt KELLER[77]):

> »So führt bei derartigen Verhältnissen die Convenienz darauf, den Pächter oder Miether gegen Verletzungen von Seite dritter Personen selbstständig und ohne Vermittelung des Eigenthümers mit rechtlichen Waffen zu versehen, das heisst, ihm ein dingliches Recht

---

[75]) Dawider BRUNS, a. a. O. S. 238: »Danach hat der Miether und Pächter kein anderes Recht und darum auch keinen andern Willen, als dass der Verpächter ihm die Sache zum uti frui prästire und er dann aus dessen Person heraus (?) die Benutzung der Sache ausübe.«

[76]) Gewiss ist richtig, dass der Prätor erst durch Proposition der actio Recht schuf, dass mithin der Anstoss zur Rechtsbildung von der actio ausging. Allein ebenso sicher ist auch, dass in dem Versprechen der actio gegen ein bestimmtes Verhalten ein Verbot dieses Verhaltens liegt, dessen Befolgung die actio erst erzwingen soll. Begrifflich geht mithin auch hier der prätorische Imperativ der Rechtsfolge seiner Uebertretung, der Ertheilung der actio, voraus. Aehnlich ist es, wenn h. z. T. verkündet wird, dass ein gewisses, bisher unverbotenes Verhalten bestraft werden soll; in der Androhung von Strafen liegt dann zugleich das Verbot. Nur dass dies Vorgehen unserer Gesetzgebung auf keinem inneren Grunde beruht, während es seine guten Gründe hatte, wenn der Prätor nur mittelbar durch Verheissung von actio befahl.

[77]) Pandekten § 214 S. 421.

mit actio in rem gegen jeden Verletzer zuzuschreiben«.

Und doch behauptet derselbe KELLER[78]), im Anschluss an die Definition des Eigenthums als des vollständigen und ausschliesslichen Rechtes über eine Sache, dass es unrichtig sei, das Vindicationsrecht zu den im Eigenthum liegenden Befugnissen zu zählen; denn »dass es zu seinem Schutz eine Klage gibt, gehört doch nicht zu seinem Inhalt«. Dort also wird richtig das dingliche Recht der Superficies als zusammenfallend mit der Gewähr des dinglichen Schutzes erkannt, hier aber wird das dingliche Recht des Eigenthums in den Genuss der Sache gesetzt und das Rechtsmittel des Eigenthümers als etwas Ausserbegriffliches, daneben Hergehendes ausgeschieden[79])!

9. Der Genuss des rechtlich geschützten Gutes ist Zweck, nicht Inhalt des Rechts. Bei den Gütern der Person bildet mithin nur der Schutz, der dem Gute nach aussen zu Theil wird, das Recht der Persönlichkeit, nicht aber der Gebrauch, den der Geschützte von seinen körperlichen und geistigen Kräften macht oder zu machen unterlässt. Ebenso bei den Gütern des Familienlebens. Bei den dinglichen Rechten ist stets eine körperliche Sache das Gut, dessen Beeinträchtigung Dritten zu Gunsten des Berechtigten untersagt wird. Auch hier hat die Benutzung der Sache Seitens

[78]) Ebenda § 112 S. 211. 212.

[79]) Wie die allmähliche Entwicklung der superficies ein Beispiel bietet für die Verwandlung obligatorischen Rechtsschutzes in dinglichen behufs Ermöglichung und bei Fortbestand ein und derselben Genussart, so hat auch die actio hypothecaria dem Pfandgläubiger dingliches Recht verliehen, hier aber lediglich zu dem Zwecke, um die Pfandsache vorenthalten, nicht aber, um sie auf andere Weise geniessen zu können. Das Vorenthalten selbst blieb aber nach wie vor genau das nämliche — auch zuvor war es unmittelbar auf die Sache gerichtet und unabhängig von dem »vermittelnden Willen« des Verpfänders.

des Berechtigten mit dem Inhalte seines Rechtes nichts zu schaffen.

Dem Versuche, den Genuss der Sache aus dem Inhalte des dinglichen Rechts zu verbannen, tritt aber, wie es scheint, zumal bei den Servituten die Sprache der Quellen entscheidend entgegen. Bei den Grunddienstbarkeiten bezeichnet oft schon ihr hergebrachter Name dasjenige als das Recht, was mir nur Rechtszweck sein würde; so bei den servitutes tigni immittendi, proiciendi, fluminis immittendi und anderen mehr. Bei einigen wird der Inhalt der Servitut durch Nennung des erlaubten Genusses der Sache umschrieben. So werden einzelne Felddienstbarkeiten auf ein ius eundi agendi vehendi und so fort zurückgeführt. Weiter wird der Niessbrauch, das Prototyp der persönlichen Servituten, nicht allein als das ius utendi fruendi definirt, sondern es werden auch in den Quellen eingehende Erörterungen darüber angestellt, welcher Genuss der dienenden Sache zu dem uti frui gehört und welcher darüber hinausgeht.

Allerdings ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, ja ich würde selbst eine gewisse Wahrscheinlichkeit zugeben, dass die Römer die heute herrschende Anschauung theilten. Die Sprachweise der Quellen ist jedoch hierfür nicht zwingend. Die unverbotenen Genusshandlungen des Usufructuars und der übrigen Servitutberechtigten müssen fixirt werden und zwar zu einem doppelten Zwecke. Einmal, weil sich erst aus dem, was dem Servitutberechtigten erlaubt wird, für die andern Menschen ergiebt, welcher Beeinträchtigungen sie sich zu enthalten haben[80]. Dann aber vornehmlich zu dem Ende, weil jedes Ueberschreiten des erlaubten Genusses, da dieser an fremder Sache stattfindet, eine Verletzung der den Eigenthümer schützenden

[80]) Richtig Lenel, a. a. O. S. 13: »Niemand kann seine Pflichten gegen den Usufructuar kennen, wenn er nicht weiss, was uti frui ist.«

Normen enthält. Principiell ist zu Gunsten des Letzteren jeder Sachgenuss Dritten verwehrt. So war es nöthig, zu sagen, inwieweit dies Verbot beim Vorhandensein einer Servitut cessirt. Die Aufzählung dessen, was zum uti frui gehört, bildet zugleich die Bezeichnung der Ausnahmen, welche das allgemeine Verbot zu Gunsten des Usufructuars erleidet. Die natürliche Freiheit des Handelns wird insoweit dem Servitutberechtigten nicht sowohl gelassen als zurückgegeben [81]).

10. Ist der Genuss eines Gutes weder als Recht noch als Rechtsausübung zu bezeichnen, so ist damit doch nicht gesagt, dass derselbe für die Rechtsordnung eine gleichgültige Sache sei. Ermöglichung eines Genusses ist Zweck eines jeden von der Rechtsordnung gewährten Schutzes. Schon die frühere Darstellung zog hieraus den Schluss, dass mit Wegfall der Möglichkeit eines jeden oder auch nur eines schutzwürdigen Genusses die Rechtsordnung sich bewogen fühlen könne, auch den Rechtsschutz zu entziehen [82]).

Die Rechtsordnung kann aber weiter gehen und geht in der That weiter. Selbst bei Fortbestand der Möglichkeit eines ferneren Genusses entzieht sie zuweilen ihren Schutz, falls der Genuss des Gutes eine gewisse Zeit hindurch thatsächlich unterblieben ist. Die Rechtsordnung mag dann nicht fort und fort die Freiheit der Uebrigen einem Einzelnen zu Liebe beschränken, der, nach seinem

[81]) Darum wird auch das Recht, so oft die Römer, wie bei der Formelbildung, genau reden, nicht als das ius utendi fruendi schlechthin, sondern mit dem Zusatze invito domino bezeichnet.

[82]) Abschnitt IV Anm. 128. S. 206. Selbst auf dem Gebiete des Familienrechts ist es nicht undenkbar, dass mit Wegfall der Schutzwürdigkeit eines Verhältnisses demselben die rechtliche Anerkennung entzogen wird. Nach Auffassung des canonischen Rechts war das eheliche Leben zwischen verschwägerten Personen kein schutzwürdiges, mithin im Rechtssinne keine Ehe. Und traten die Gatten erst während der Ehe in ein Affinitätsverhältniss zu einander, so wurde der ihrem Zusammenleben bisher gewährte Rechtsschutz für die Zukunft versagt: Ehenichtigkeitsgrund der sog. affinitas superveniens illegitima.

bisherigen Benehmen zu schliessen, die ihm gebotene Möglichkeit des Genusses nicht zur Wirklichkeit erheben wird.

Betreffs des Eigenthums freilich bleibt es regelmässig für das Recht ohne Bedeutung, ob die Benutzung der Sache Seitens des Eigenthümers erfolgt oder nicht. So lange diesem für die Zukunft die Möglichkeit eines Genusses verbleibt, wird ihm auch der Rechtsschutz weiter zu Theil. Nur für den Grund und Boden gelten hin und wieder ausnahmsweise Bestimmungen. Die Ausbeutung desselben ist für die Gemeinschaft zu wichtig, als dass sie dem Belieben des Eigenthümers überlassen bleiben könnte. Hier wird nicht bloss ein positiver Missbrauch, sondern schon ein Nichtgebrauch des Gutes den Verlust des Rechtsschutzes zuweilen zur Folge haben[83]).

Weniger günstig waren die Römer dem Fortbestande der Servituten gesinnt. Hier ist das Princip durchgeführt, dass zehn- bez. zwanzigjähriger non usus das Recht untergehen lässt[84]). Non usus ist Nichtgenuss der dienenden Sache, ein Unterbleiben derjenigen Nutzung, die zu sichern die Servitut bezweckt. Es würde irrig sein, den Verlust auf einen Verzicht des Servitutberechtigten zurückzuführen. Ein Aufgebenwollen ist keineswegs erforderlich, selbst ein Nichtaufgebenwollen vermag bei thatsächlichem non usus

[83]) Hierher gehört namentlich die Bestimmung in c. 8 C. de omni agro deserto 11, 58, wonach bei zweijähriger Vernachlässigung eines Feldgrundstücks Seitens des Eigenthümers diesem das Eigenthum entzogen und dem Bebauer zugesprochen wird. Ferner Sueton Vesp. c. 8: »vacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent, cuicunque permisit.« Ebenso die Bestimmung, wonach der Eigenthumsantheil an einem Gebäude zu Gunsten des Miteigenthümers verwirkt sein soll, falls dessen Reparaturauslagen ihm nicht binnen vier Monaten antheilig vergütet werden: l. 52 § 10 pro socio 17, 2.

[84]) Abgesehen von den Fällen, in denen eine usucapio libertatis erforderlich ist.

den Verlust nicht zu hindern[85]). Ebensowenig ist zu billigen, wenn zumeist der Verlust des Rechts auf eine Nichtausübung desselben zurückgeführt wird. Die Servitut bleibt erhalten, wenn nur der Genuss der dienenden Sache thatsächlich erfolgt, auch in Fällen, wo selbst die herrschende Lehre unmöglich von Rechtsausübung sprechen kann, ohne mit dem Begriffe der Rechtsausübung als einer menschlichen Handlung zu brechen[86]). Und umgekehrt genügt nicht jede Rechtsausübungshandlung innerhalb der Verjährungszeit, um dem Verluste der Servitut vorzubeugen[87]).

Aus dem deutschen Rechte gehört hierher die Bestimmung, wonach wegen Auflässigkeit der Grube die Zeche in das landesherrliche Frei zurückfällt.

Die gegebenen Beispiele mögen genügen. Sie bekunden, dass der Zweck des Rechts, wenn er auch nicht mit dem Inhalt des letzteren verwechselt werden darf, doch je nach Art seiner Verwirklichung für die Fortdauer des Rechts von entscheidender Bedeutung sein kann.

---

[85]) arg. l. 10 de vi 43, 16. l. 14 pr. quemadm. serv. 8, 6. l. 20 quibus modis us. 7, 4.

[86]) l. 12 quemadmodum serv. 8, 6: » - et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur«. Vatic. fr. 89.

[87]) Das Anfordern des Servitutberechtigten und, wenn dies nicht zum Ziele führt, die Klagerhebung Seitens desselben sind doch auch nach der herrschenden Lehre Rechtsausübungshandlungen — und doch unterbricht ersteres noch heute und der Processbeginn wenigstens nach classischem Rechte die Verjährung nicht: l. 8 § 4 si serv. v. 8, 5.





VII.

Befugniss und Rechtsgeschäft.

Im vierten Abschnitte wurde das subjective Recht dahin zu bestimmen versucht, dass es in dem durch die Gebote und Verbote der Rechtsgemeinschaft dem Einzelnen gewährten Schutz bestehe, welcher Schutz zum Rechte des Geschützten insoweit werde, als ihm behufs Realisirung der Imperative ein Rechtsmittel verhiessen sei. Dem nach dem Stande der herrschenden Lehre naheliegenden Einwand, dass damit der Inhalt des Rechts jedenfalls nicht erschöpft werde, indem z. B. die Benutzung der Sache Seitens des Eigenthümers oder sonstig dinglich Berechtigten unter den Begriff des Normenschutzes und dessen Erzwingung nicht falle, wurde sodann im sechsten Abschnitte mit der Ausführung begegnet, dass der Genuss des rechtlich geschützten Guts weder beim Eigenthum noch bei irgend einem andern Rechte zu dem Begriffe desselben gehöre; der Genuss sei Zweck, nicht aber Inhalt des Rechts. Scheidet hiernach der Genuss des Gutes aus dem Begriffe des Rechts aus, so scheint sich (wenigstens in einer Anzahl subjectiver Rechte) doch noch ein weiterer Bestandtheil zu finden, der durch die gegebene Definition des Rechts nicht mit umfasst

wird und der sonach zu einer Erweiterung, wenn nicht zu einer totalen Umgestaltung, der Begriffsbestimmung drängt. Es ist dies die betreffs der Mehrzahl der Vermögensrechte dem Träger derselben eingeräumte Befugniss, über seine Rechte zu disponiren.

1. Ganz allgemein wird gelehrt, dass die Macht des Eigenthümers, sein Recht auf Andere zu übertragen oder sonst darüber zu verfügen, zum »Inhalt« des Eigenthumes gehöre, begrifflich ein Bestandtheil desselben sei[1]). Das Eigenthum würde hiernach nicht auf den dem Eigenthümer gewährten Rechtsschutz zu beschränken, sondern um diese Veräusserungsmacht zu erweitern sein; jede Eigenthumsveräusserung würde eine Eigenthumsausübung enthalten.

Es befremdet zunächst, dass die Veräusserungsbefugniss regelmässig bei dem Eigenthum und hin und wieder bei der Emphyteuse und Superficies zu dem Inhalte des Rechts gezählt wird, weit seltener aber bei andern veräusserlichen Rechten[2]). Auch diejenigen, welche in der heutigen Cession

---

[1]) Vgl. die Lehrbücher von Puchta § 145 Sintenis § 47 Windscheid § 167 Gerber § 76 vgl. mit der Ueberschrift des § 81; vorsichtiger Arndts § 130. 132. Ausserdem Ihering, Geist, III § 60 a. E. Bruns in der Encyclopädie 3. Aufl. S. 385. Wenn Ahrens ebenda S. 52 so weit geht, die Verfügung zu den drei Momenten zu zählen, welche »den vollen Inhalt des Eigenthums« bilden und von denen »keins, der rechtlichen Möglichkeit nach, fehlen (darf), weil sonst ein wesentliches Moment und dadurch der Begriff aufgehoben würde«, so ist diese Behauptung mit dem Hinweis auf das Dotalgrundstück zu widerlegen, dessen Eigenthümer niemals die Veräusserungsbefugniss hat. Oder will man auch hier noch eine potentielle rechtliche Möglichkeit annehmen, welche genau besehen in der wirklichen rechtlichen Unmöglichkeit der Veräusserung bestehen würde? — Die zutreffende Bemerkung bei Keller, Pandekten, § 112: »dass das Eigenthum ein veräusserliches Recht ist, -- gehört doch nicht zu seinem Inhalte -« hängt mit der oben S. 320 besprochenen irrigen Auffassung des Eigenthums zusammen. Dagegen ist Bremer, Pfandrecht und Pfandobjecte, S. 20 auf richtigem Wege gewesen.

[2]) Nur Bürkel, Krit. Vierteljahrsschrift XI, S. 217 lehrt consequent: »Wo der Berechtigte veräussern kann, gehört diese Befugniss zum In-

mit Recht eine Uebertragung des Forderungsrechts erblicken, rechnen die Cessionsbefugniss doch nicht zum Inhalt des Forderungsrechts. Hiergegen würde sich schon unser Sprachgefühl sträuben. Wir können nicht die Uebertragbarkeit des Forderungsrechts als einen Theil seines Inhalts, die Uebertragung selbst als eine Ausübung des Forderungsrechts bezeichnen[3]); der Name sagt hier deutlich, worin das Recht einzig besteht. Auch wäre die letztgedachte Anschauung geradezu gefährlich. So würde die Lehre, dass die Ausübung des Anspruchs eine Unterbrechung seiner Verjährung bewirke, alsdann in dieser Allgemeinheit unhaltbar. Unmöglich kann die Cession eines Anspruchs die Verjährung des letzteren unterbrechen[4]).

2. Prüfen wir nunmehr, ob es angehe, die Veräusserungsbefugniss zum Inhalt des Rechts zu zählen.

Die Veräusserung Seitens des Eigenthümers überträgt das Eigenthum. Das letztere ist mithin das Object der Veräusserung. Danach kann die Macht, die das Eigenthum überträgt, nicht ein Bestandtheil desselben sein; sie muss ausserhalb des Eigenthums liegen. Das, was übertragen

---

halt des Rechts - «. Ebenso Brinz, Pandekten, 2. Aufl. S. 241: »Kann nur der Eigenthümer - - das Eigenthum veräussern, und ebenso nur der Gläubiger die Forderung cediren, so wird es wohl das Eigenthum und das Forderungsrecht selbst sein, aus dem die Veräusserungs- und Cessionsmacht hervorgeht - «.

[3]) Ich finde auch nur bei Bekker, Jahrb. für Dogmatik XII S. 32 die Cession als »Rechtsübung« (= »Rechtsausübung« S. 33) erwähnt.

[4]) Anders liegt die Frage, betreffs welcher sich ein Widerstreit zwischen Marcian und Gaius einerseits (l. 38. 39 de usufructu 7, 1) und Ulpian, der dem Pomponius zustimmt, anderseits (l. 29 pr. § 1 quibus modis us. 7, 4) findet. Hier handelt es sich nicht um Rechtsausübung, sondern um den thatsächlichen Genuss der dienenden Sache und ob ein solcher schon in der entgeltlichen Verstattung dieses Genusses an einen Dritten gefunden werden könne — eine Frage, die nach strenger Rechtsconsequenz mit Ulpian richtiger zu verneinen ist, da solchenfalls nicht die Sache, »principalis res«, genossen wird, sondern das Mittel, sich deren Genuss zu verschaffen.

wird, kann nicht zugleich das sein, was überträgt. Ich vermag einen Stein eine Strecke weit zu werfen: aber Niemand wird sagen, dass mir der Stein erst die Kraft zum Werfen verlieh. Die Kraft war vordem da, der Stein bildete nur das Object ihrer Anwendung. Ein Object war freilich zum Wurfe erforderlich; ohne ein solches könnte sich die Kraft niemals bethätigen. Auch musste das Object ein taugliches sein; ein Felsblock hätte meiner Kraft ein unüberwindliches Hinderniss geboten. Ist aber die Vorbedingung eines tauglichen Objectes vorhanden, so ist es doch die im Menschen wohnende Kraft allein, welche die Bewegung des Steines hervorruft. Der Gelähmte vermöchte es nicht; ihm fehlt nicht der Stein, aber die Wurfkraft. Nicht anders verhält es sich mit der Uebertragung von Rechten. Freilich muss ein Recht vorhanden sein, über das verfügt werden soll; ohne ein Object der Uebertragung kann es zu letzterer nicht kommen. Auch muss das Recht veräusserlich sein; unveräusserliche Rechte stellen jedem Uebertragungsversuche ein durch die Rechtsordnung geschaffenes unüberwindliches Hinderniss entgegen. Ist aber ein veräusserliches Recht vorhanden, so kann es von seinem Träger übertragen werden — kraft der ihm selbst gegebenen, nicht kraft der seinem Rechte innewohnenden Macht. Tradition und Dereliction sind in dieser Hinsicht nicht anders wie Occupation zu beurtheilen. Jene setzen, damit Eigenthum übergehe oder erlösche, Eigenthum auf Seiten des Handelnden voraus, letztere, damit Eigenthum entstehe, umgekehrt Herrenlosigkeit der Sache. Sowenig wie wir aber sagen werden, die Herrenlosigkeit der Sache verleihe Jedem die Macht, sich ihrer zu bemächtigen, sowenig ist es correct, die Dispositionsbefugniss als Inhalt oder Bestandtheil des Rechts zu bezeichnen. Die Sätze über Occupation geben Aufschluss darüber, wie das Eigenthum entsteht, die über Dereliction, wie das

Eigenthum von seinem Träger aufgegeben werden kann, die über Tradition endlich über beide Fragen zugleich. Für die Bestimmung dessen aber, was das Eigenthum sei, solange es besteht, ist die Art seines Anfangs und seiner Beendigung in gleicher Weise indifferent.

3. Das Eigenthum ist die regelmässige Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit einer Verfügung über dasselbe, nicht aber die Quelle und der Grund dieser Macht. Dies zeigt sich sofort, sobald ausnahmsweise Recht und Verfügungsmacht auseinanderfallen.

»Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit«[5]). So wird dem Verschwender die Disposition über sein Vermögen entzogen. Trotzdem bleiben ihm seine Rechte ungeschmälert; er behält sein Eigenthum wie seine Forderungsrechte und ebenso die Fähigkeit, fernerhin Rechte zu erwerben. Das, was ihm genommen wird, ist nur die rechtliche Macht, über das Seine zu verfügen. Oder wird etwa seinem gegenwärtigen Eigenthum ein Theil seines Inhalts entzogen? Und zugleich im voraus von dem, was er künftig zu Eigenthum erwerben wird? Dass dem nicht so sei, wird betreffs der Forderungen von der herrschenden Lehre anerkannt, da diese mit Recht die Dispositionsbefugniss von dem Inhalte des Forderungsrechts scheidet. Aber zwischen Dispositionen über Eigenthum und solchen über Forderungsrechte besteht weder innerlich ein Unterschied noch wird ein solcher gerade bei unserer Frage in den Quellen gemacht[6]). Umgekehrt hat der Vormund die Befugniss, wenn auch gegenwärtig nur noch in sehr beschränkter

---

[5]) Gai. II § 62.

[6]) So erklärt Gaius (II § 84) den Rechtssatz, dass Zahlung an den Unmündigen keine Befreiung des Zahlenden bewirke damit: »quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est --«.

Weise, über das Vermögen seines Mündels zu verfügen, ohne doch damit auch nur zum Theil Eigenthümer des Mündelguts zu sein. Man wird sich hier mit der Annahme beruhigen, dass der Vormund das Mündeleigenthum ausübe. Auch dieser Ausweg wird aber in Fällen verlegt, wo von Vertretung nicht mehr die Rede sein kann. Nach Handelsrecht »erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräusserer nicht Eigenthümer war« — bei Papieren auf den Inhaber ganz unbeschränkt, bei sonstigen Waaren nur unter gewissen weiteren Voraussetzungen[7]). Hier steht man vor einer dreifachen Alternative. Entweder man bleibt dabei stehen, die Dispositionsmacht über das Eigenthum stets auf dies Eigenthum zurückzuführen: dann hat das Recht des Eigners zum weiteren Inhalt, dass auch jeder unredliche Besitzer dasselbe zu übertragen vermag. Oder man scheut diese wenig ansprechende, auch mit den Worten des Gesetzes unvereinbare Consequenz[8]): dann muss man sich entschliessen, die Dispositionsmacht von dem Eigenthume zu scheiden. Freilich könnte man dann wieder den Besitz des Veräusserers als das Recht ansehen, das die Macht, Eigenthum zu nehmen und zu geben, zum Inhalte habe. Indessen wird man kaum an eine solche exorbitante Ausdehnung des Besitzrechts denken wollen. So bleibt denn nur noch die dritte, m. E. allein richtige Annahme übrig, dass die Macht, durch Veräusserung und Uebergabe der Sache an einen redlichen Erwerber das bisherige Eigenthum zum Erlöschen zu bringen und dem Erwerber ein neues zu verschaffen, überhaupt nicht der Ausfluss eines Rechtes an der Sache sei, sondern einem Jeden selbstständig zustehe.

---

[7]) Nämlich wenn dieselben »von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräussert und übergeben worden sind« und wenn nicht »die Gegenstände gestohlen oder verloren waren«. H.-G.-Buch Art. 306. 307.

[8]) »Das früher begründete Eigenthum erlischt.« Art. 306.

Vielleicht trägt man Bedenken, hier noch eine Macht des Veräusserers Eigenthum zu übertragen anzunehmen. Man könnte sagen, dem Nichteigenthümer sei es zwar unbenommen, die fremde Sache zu veräussern — nicht anders, wie nach gemeinem Rechte —: dass aber der redliche Erwerber trotz mangelnden Rechtes des Veräusserers Eigenthum erhalte, geschehe lediglich auf Grund des Gesetzes, nicht kraft der Macht des Veräusserers. Und allerdings ist eine gewisse Verschiedenheit zwischen dieser und der gemeinrechtlichen Traditionsbefugniss unverkennbar. Sie betrifft den Zweck, den der Gesetzgeber bei ihrer Verleihung im Auge hatte. Die Traditionsbefugniss des Eigenthümers ist wenn nicht allein, so doch jedenfalls auch zu Gunsten des letzteren gegeben — die Sätze des Handelsgesetzbuchs bezwecken lediglich den Erwerber zu schützen. Jene erhöht beabsichtigtermassen den Werth des Eigenthums — das Handelsrecht erstrebt nur die Sicherung des Verkehrs und seine Bestimmungen kommen dem unrechtmässigen Besitzer nur folgeweise zu Gute. Allein es genügt, dass sie ihm zu Gute kommen. Wie der Werth der Sache für den Eigenthümer dadurch steigt, dass er nicht auf den Genuss derselben beschränkt ist, sondern diesen sammt seinem Rechtsschutz dauernd auf Andere zu übertragen und sich so den Tauschwerth der Sache und seines Rechts zu verschaffen vermag: so wächst nach der Bestimmung des Handelsgesetzbuchs der Werth des Inhaberpapiers für dessen unrechtmässigen Besitzer um desswillen, weil er nunmehr im Stande ist, den vollen Geldwerth, den das Papier für den Eigenthümer hat, durch Verkauf desselben zu lösen. Ob die Rechtsordnung dies bezweckte, ob sie nur die Folge hinnehmen muss, ist für das Ergebniss gleichgültig. Auch kann man nunmehr die Macht zu veräussern als Macht Eigenthum zu verschaffen bezeichnen. Freilich steht es nicht in dem Belieben des Veräusserers,

ob der redliche Erwerber Eigenthum erhalten soll oder nicht. Allein ebensowenig hat es der Eigenthümer in seiner Hand, falls er die Sache veräussert, nach Belieben den Empfänger zum Eigenthümer zu machen. Wer in eigenem Namen veräussert und tradirt, überträgt damit nothwendig das Eigenthum, das ihm zusteht[9]). In beiden Fällen erhält der Erwerber Eigenthum kraft des Gesetzes, welches an die Traditionshandlung hier des Eigenthümers dort eines jeden Besitzers diese Rechtsfolge anknüpft. Dass aber der Tradent durch seine Veräusserung, mithin durch einen freiwilligen Act, diese Rechtsfolge hervorrufen kann, ist rechtliche Macht, in dem einen Falle nicht minder wie in dem andern.

Sollten indessen die handelsrechtlichen Bestimmungen nicht für völlig beweisend erachtet werden, so haben wir auch im römischen Rechte Fälle, in denen die Macht Eigenthum zu übertragen losgelöst von letzterem zur Erscheinung

---

[9]) Darum heisst es in l. 20 pr. de a. r. d. 41, 1: »Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert« — welche Stelle deutlich erkennen lässt, dass das Eigenthum des Tradenten nur die Voraussetzung für die volle Wirksamkeit der Tradition ist. Ebenso in l. 11 § 2 de a. e. v. 19, 1: »Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum.« Genügt doch auch die blosse Sachübergabe zu einem geeigneten Zwecke z. B. zur Erfüllung eines Verkaufgeschäftes, um (bei Abwesenheit anderer objectiver Hindernisse das Eigenthum sofort zu übertragen; l. 31 de a. r. d. 41, 1: (Nunquam) nuda traditio transfert dominium, (sed ita,) si venditio (aut aliqua iusta causa) praecesserit, propter quam traditio sequeretur«; vgl. Lotmar, Ueber causa (1875) S. 165—179. So erklärt sich, was bei Annahme einer Rechtsausübung eine Anomalie wäre, dass beim Vorhandensein der objectiven Voraussetzungen eine mangelnde Kenntniss der letzteren für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unschädlich ist: plus in re est quam in existimatione mentis. l. 9 § 4 de iuris et f. i. 22, 6; l. 4 § 1 de manum. v. 40, 2; l. 2 § 2 pro empt. 41, 4.

kommt. Am lehrreichsten hierfür ist das Vorrecht des Regenten und seiner Gemahlin, durch Veräusserung auch ihnen nicht gehöriger Sachen dem Erwerber Eigenthum zu verschaffen. Diese Befugniss ist nachweisbar nicht nur im Interesse des Erwerbers eingeführt [10]), sondern vornehmlich auch um des Ansehns und der Würde der genannten Personen willen [11]). Kraft dessen, was sie sind, steht ihnen die Macht zu, nicht erst kraft eines Rechtes an der Sache, die sie übertragen. Zeigt sich hier diese rechtliche Macht als eine selbstständige, nicht erst durch das Eigenthum an der Sache gewährte, so ist um so weniger Grund vorhanden, in den übrigen Fällen das Eigenthum als die Quelle der Uebertragungsbefugniss anzusehen.

4. Die Selbstständigkeit der Verfügungsgewalt gegenüber dem Rechte, über welches verfügt wird, zeigt sich am anschaulichsten bei der letztwilligen Anordnung einer Universalsuccession. Auf den testamentarisch ernannten Erben geht das ganze Vermögen des Erblassers über, soweit die Rechtsordnung einen Fortbestand der Vermögensrechte nach dem Tode ihres Trägers anerkennt, namentlich also das Eigenthum und die Forderungen des Verstorbenen. Was gab nun dem Testator die Macht, über seine vererblichen Rechte zu verfügen? Etwa das Eigenthum über die Sachen, die sich in seinem Nachlasse finden? Allein vielleicht besass der Testator zur Zeit, wo er verfügte, nichts von alledem zu eigen, was er später hinterliess. Unmöglich konnte das Eigenthum über die früher ihm gehörigen Sachen das Recht, über den späteren Erwerb zu verfügen,

---

[10]) Die Constitution des ZENO c. 2 C. de quadr. praescr. 7, 37, welche zuerst dieses Vorrecht dem Fiscus ertheilt hatte, betont allerdings nur das Interesse des Erwerbers; ebenso § 14 J. de usucap. 2, 6: »bene prospexit his, qui a fisco - - aliquid accipiunt.«

[11]) c. 3 § 4 C. eod. »ita et hoc videatur imperiale esse privilegium« vgl. auch pr. i. f. eod.

zum Inhalt haben. Ebensowenig konnte aber auch das später erworbene Eigenthum einen Theil seines Inhalts dem Testator im voraus gewähren [12]). Ueberdiess ist es denkbar, dass dem Testator weder zur Zeit der Verfügung noch zur Zeit seines Todes das Eigenthum auch nur an einer einzigen Sache zustand [13]). Aus den nämlichen Gründen können es auch nicht die etwaigen Forderungen sein, welche das Recht testamentarischer Verfügung gewähren. Vielleicht wird man sagen: nicht die einzelnen Rechte geben die Befugniss zu testiren, wohl aber das gesammte Vermögen [14]). Allein das Vermögen ist kein Recht für sich, mit einem besonderen Inhalt — es ist die Summe der einzelnen Rechte oder, in einem weiteren Sinne, der Rechte und Verbindlichkeiten seines Inhabers. Was die einzelnen Rechte ihrem Träger nicht zu gewähren vermögen, vermag auch ihr Complex nicht zu geben. Zudem ist es nicht richtig, dass der Testator zur Zeit seiner Verfügung Vermögen haben muss; es genügt, dass er vermögensfähig ist. Denkbarerweise hat der Testator zur Zeit der letztwilligen Disposition auch nicht das geringste Stück im Vermögen gehabt, ja nicht einmal Schulden [15]). Und dennoch würde

[12]) Es ist nicht der fortdauernde Wille des Testators, welchem die testamentarische Disposition ihre Gültigkeit verdankt und welcher nur im voraus statt im letzten Lebensaugenblick geäussert werden darf. Vielmehr ist es der Wille zur Zeit der Verfügung, wenn derselbe auch jederzeit zurückgenommen werden kann. Dies beweist die Aufrechterhaltung des Testaments eines später in Wahnsinn Verfallenen.

[13]) l. 3 § 1 de bon. poss. 37, 1: »denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem adgnitam Labeo ait.«

[14]) Als Beweis könnte man anführen, dass im classischen römischen Rechte den vermögenslosen Hauskindern das Recht zu testiren nicht zustand. Es erklärt sich dies damit, dass allerdings die Testirbefugniss eine Vermögenssuccession herbeizuführen bestimmt ist und dass daher, wo dies Ziel wegen principieller Vermögenslosigkeit der Hauskinder hinwegfällt, auch das Mittel zur Erstrebung desselben versagt wird.

[15]) Obschon mir nicht einleuchten würde, wie die Schulden, als

sein letzter Wille vollkommen gültig sein. Zwar bleibt die Frage nach dem Rechtsbestande seines Testaments ohne erheblichen praktischen Werth[16], falls er auch vor seinem Ende kein Vermögen erwirbt. Ist ihm aber nachträglich Vermögen zugefallen, seien es nun reine Activa oder Activa und Passiva zugleich, oder selbst letztere allein[17]: so äussert die frühere Verfügung darüber zweifellos ihre Wirkung und der antretende Erbe wird daraus ebenso berechtigt wie verpflichtet werden. Man sieht, auch das Vermögen ist es nicht, welches das Recht zum Testiren enthält. Der bekannte Satz des Zwölftafelgesetzes enthält die richtige Lösung[18]. Das Vermögen ist das, worüber verfügt wird, die Macht aber, letztwillig darüber zu bestimmen, ist selbstständig von der Rechtsordnung gewährt.

5. Die bisherigen Ausführungen haben, wie ich hoffe, den Beweis erbracht, dass die Befugniss, über die einzelnen Rechte zu verfügen, nicht zu dem Inhalt dieser Rechte gezählt werden darf. Damit sind die in dem vierten Abschnitte von den einzelnen Rechten gegebenen Begriffsbestimmungen auch nach dieser Seite hin gegen mögliche Anfechtungen gewahrt. Aber sofort entsteht eine weitere Frage. Gehören die gedachten Befugnisse auch nicht zu dem Inhalte der Rechte, welchem sie bisher zugeschrieben wurden, so haben sie doch eine (und wie ich annehme, eine selbstständige) Existenz. Und neben diesen Dispositionsbefugnissen weist unser Rechts-

---

reine Verpflichtungen, das Recht über sie zu verfügen zum Inhalte haben könnten.

[16]) Sie kann möglicherweise relevant werden wegen Nebenbestimmungen des Testaments z. B. wegen einer darin gemachten Vormundsernennung.

[17]) l. 3 pr. de bon. poss. 37, 1: »nam sive solvendo sunt bona sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc lōco proprie bona appellabuntur.«

[18]) l. 120 de v. s. 50, 16.

eben noch eine ungezählte Schaar von anderweiten Befugnissen auf. Es scheint hiernach fast, als ob unsere Uebersicht über die Privatrechte noch bedeutend erweitert werden muss. Neben dem Eigenthum scheint noch ein besonderes Recht, Eigenthum zu erwerben, und ein solches, über das vorhandene Eigenthum zu verfügen, angenommen werden zu müssen; ja diese Rechte würden sich wieder nach den verschiedenen Möglichkeiten des Eigenthumserwerbs und der Disposition in ebensoviel einzelne Rechte zerlegen. Ebenso würde dann neben den Forderungsrechten ein Recht, solche zu erwerben, vielleicht auch ein Recht, sich zu verpflichten, jedenfalls aber ein Recht zur Cession und zu anderweiter Verfügung aufzustellen sein — neben dem Eherechte ein Recht zu heirathen, neben der väterlichen Gewalt ein Recht wenn nicht zur Zeugung, so doch zur Adoption und Emancipation; und so fast in das Unendliche fort.

Sogleich auf den ersten Blick zeigt sich aber eine wesentliche Verschiedenheit zwischen den früher besprochenen und diesen neuen sog. Rechten. Wie wir sahen, besteht das Eigenthum einmal in den allgemeinen Verboten, welche in ihrer Gesammtheit die Unantastbarkeit der Sache für Jedermann mit Ausnahme des Eigenthümers begründen — und weiter (ein Moment, welches das Eigenthum erst zum subjectiven Rechte stempelt) in den dem Eigenthümer zur Erzwingung jener Normen verhiessenen Ansprüchen. Dagegen schützt kein Verbot die Occupation einer herrenlosen Sache. Glückt der Versuch, sich einer solchen zu bemächtigen, gut, so ist der Occupant Eigenthümer geworden und als solcher nunmehr geschützt. Misslingt der Versuch, weil z. B. das wilde Thier der Nachstellung entgeht oder weil ein Anderer mit der Besitzergreifung zuvorkommt, so hat der Nachsteller niemals einen Rechtsschutz gehabt, weder ein Recht an

dem Thiere noch ein Recht auf dasselbe. Kein Gebot oder Verbot hat den Act der Occupation unterstützt, die Rechtsordnung hat nur die Folgen desselben gezogen[19]). Von einem Anspruche auf Occupation zu reden, wäre vollkommen zwecklos. Es würde verwirren, den Ausdruck, den als technischen zu fixiren juristisches Bedürfniss ist, da zu gebrauchen, wo von den Voraussetzungen eines Anspruchs auch keine einzige zutrifft [20]).

---

[19]) Es ist dies auch da nicht anders, wo die Occupationsberechtigung nicht jedem Handlungsfähigen beigelegt wird, sondern nur gewissen Jagdberechtigten, z. B. dem Eigenthümer des Grund und Bodens. Solchenfalls ist nur die Occupation allen Dritten verboten. Der Jagdberechtigte selbst aber ist nicht anders gestellt; er mag zusehen, wie er sich des Wildes bemächtigen kann. Ob übrigens das Verbot der Occupation, wie h. z. T. allgemein angenommen wird, zugleich die rechtliche Macht zur Occupation entzieht und sonach den Eigenthumserwerb des Wilderers ausschliesst, ist eine andere hier nicht zu erörternde Frage. Einerseits ist die Construction, wonach der Grundeigenthümer durch den Wilderer das Eigenthum erwerben soll, allerdings äusserst gewaltsam. Andererseits wird die Ansicht, wonach das gewilderte Thier Niemand gehört — zu welcher GERBER, deutsches Privatrecht, § 93 A. 1 in der zwölften Auflage zurückkehrt — den Bedürfnissen des Lebens nicht gerecht. Würde doch die Folge sein, dass an dem gewilderten und vom Wilderer weiter veräusserten Thiere kein Diebstahl begangen werden könnte: selbst einem späteren redlichen Erwerber gegenüber würde die Wegnahme straflos sein, da die Sache als herrenlose keine fremde wäre. Dagegen vermag ich keinen Uebelstand zu erkennen, wenn auch Eigenthumserwerb durch verbotene Occupation anerkannt würde, falls man dem Jagdberechtigten einen Anspruch auf Herausgabe des Wildes bez. auf Entschädigung zuspricht — analog der Rechtsvereitelung durch Entwendung der Früchte eines verpachteten Grundstücks, welchenfalls dem Pächter nach römischem Rechte eine actio furti und nach heutigem Rechte ein Ersatzanspruch gewährt wird.

[20]) Ebensowenig sollte von einem Anspruche (oder Rechte) des Eigenthümers auf die Früchte seiner Sache gesprochen werden. Solange die Früchte noch Theile der Muttersache sind, erstreckt sich der dem Eigenthümer betreffs der letzteren gewährte Schutz mit auf die Früchte — und im Augenblicke der Trennung fällt ihm das Eigenthum derselben zu. Für einen Anspruch auf die Früchte — worin der Ge-

6. Schon an diesem einen Beispiele zeigt es sich, was das Charakteristische dieser neuen sog. Rechte ist. Durch Gewährung derselben wird der Inhaber nicht in den Schutz neuer Normen gestellt. Es fehlt mithin an der Grundlage für die Annahme eines Privatrechts in dem Sinne, wie dies früher zu bestimmen versucht wurde [21]). Die Rechtsordnung knüpft vielmehr an diese oder jene Handlung des Einzelnen diese oder jene rechtliche Wirkung an — sei es nun das Inslebentreten [22]) sei es die Zurücknahme [23]) sei es endlich die Veränderung [24]) eines Imperativs mitsammt der Rechtsfolgen seiner Uebertretung. Hiermit ist dem Einzelnen, von dessen Handlung nunmehr diese Rechtswirkung abhängt, ein Können rechtlicher Art verliehen — die Macht, durch seine Handlung die Voraussetzungen für den Eintritt oder für den Wegfall der staatlichen Imperative zu erbringen [25]).

Es ist von Bedeutung, sich dessen bewusst zu bleiben, dass diese sog. Rechte ihrem Inhaber weder einen Normenschutz noch einen Anspruch, sondern eine unmittelbare

---

danke liegen würde, dass der Eigenthümer erst noch etwas zu erwarten oder zu begehren hätte — ist mithin weder Bedürfniss noch Raum.

[21]) Treffend Unger, System I § 60 A. 7: »es gibt kein Privatrecht Rechte zu erwerben; es existirt nur eine vom Recht anerkannte Fähigkeit hierzu.«

[22]) So einseitig bei der Occupation, der Pollicitation, der Offerte — zweiseitig bei der Arrogation, dem Eheschlusse, dem obligatorischen Vertrage u. a. m. Bei den vorletzt genannten Geschäften insoweit nunmehr die Imperative in das Leben treten, welche das Verhältniss des Vaters zum Hauskinde und das der Ehegatten schützen.

[23]) So einseitig bei der Dereliction, zweiseitig beim Schulderlass; nicht rein einseitig die Emancipation.

[24]) So bei der Tradition, Cession, Hingabe zur Adoption u. a. m. Die Imperative bleiben bei Bestand, aber die Person des Geschützten wechselt. Uebrigens lassen sich die Veränderungen auf die Zurücknahme eines bisherigen und den Eintritt eines neuen Imperativs zurückführen. Ich werde daher weiterhin die Veränderung ausser Acht lassen.

[25]) Vgl. Brinz, Pandekten, 2. A. § 65.

rechtliche Macht gewähren — genauer, dass die Rechtsordnung an eine gewisse Ausübung des natürlichen Könnens einer Person ohne Weiteres einen bestimmten rechtlichen Erfolg anknüpft. Wo dies übersehen wird, sind Irrungen die unausbleibliche Folge. So enthält das ius offerendi der Pfandgläubiger unter einander[26]) eine solche rechtliche Macht. Der eine Pfandgläubiger kann dem an-

[26]) In meiner Habilitationsschrift habe ich ausgeführt, dass man das Auskaufsrecht nothwendigerweise allen Pfandgläubigern ohne Unterschied der Stellung einräumen muss. Ich lege hierbei das entscheidende Gewicht weniger auf das positive Zeugniss des Paulus R. S. II tit. 13 § 8 — obschon mir auch dieses beweisend scheint — als vielmehr auf innere Gründe. Man würde sonst den besseren Pfandgläubiger, falls er seine Priorität zur Zeit nicht zu erweisen vermag, in eine schutzlosere Lage bringen, als wenn er in Wahrheit der nachstehende Gläubiger wäre. Denn mit der actio hypothecaria wird er solchenfalls gegen den besitzenden späteren Pfandgläubiger nicht durchdringen können: l. 12 pr. qui potiores 20, 4. l. 19 de exc. rei iud. 44, 2. Hätte er nun das ius offerendi, so könnte er den besitzenden Gläubiger auskaufen und sodann mittels der Pfandklage Herausgabe der Sache oder Zahlung der ursprünglich geschuldeten und der ausgelegten Summe erzwingen. Spricht man ihm aber das ius offerendi ab, so wird er entweder die Sache (und damit die Vorbedingung für die Ausübung seiner Verkaufsbefugniss) nicht erlangen können oder er wird, wenn er doch zur Abfindung des Andern schreitet, zwar seine ursprüngliche Pfandklage nunmehr mit Aussicht auf Erfolg anstellen — denn der Einrede des Pfandrechts würde nunmehr mit der Replik der Zahlung begegnet —: allein das Angebot der ihm ursprünglich geschuldeten Summe würde seine Klage elidiren und das zur Abfindung Verwendete wäre verloren oder doch mindestens nicht pfandrechtlich sichergestellt. Dazu kommt, dass, wenn man das Auskaufsrecht auf den nachfolgenden Pfandgläubiger beschränkt, es consequent auch dem gleichberechtigten Pfandgläubiger versagt werden muss. Und doch vermag dieser mit der actio hypothecaria gegen den ihm Gleichstehenden nicht durchzudringen: l. 10 de p. et h. 20, 1. In dieser Schwäche seines Rechts steht er dem schlechteren Pfandgläubiger gleich. Als solcher aber hätte er das ius offerendi: so aber soll ihm sein besseres Recht zum Schaden gereichen! Bei dieser Sachlage ist es nicht nöthig, auf die Vortheile hinzuweisen, die auch dem unzweifelhaft besseren Pfandgläubiger aus dem Auskaufe eines Nachstehenden unter Umständen erwachsen, namentlich durch den Eintritt in die möglicherweise günstigeren Verkaufsberedungen

dern die diesem geschuldete Summe anbieten. Nimmt dieser sie an, so ist der Auskauf bewirkt, ebenso auch, wenn bei verweigerter Annahme die Summe gehörig deponirt wird [27]). Es steht sonach in der Hand eines jeden Pfandgläubigers, den Auskauf des Anderen herbeizuführen und die damit verknüpften rechtlichen Wirkungen zu erzielen, mag man diese selbst in der einen oder andern Weise auffassen [28]). Ein Zwangsrecht des Offerenten auf Leiden des Auskaufs, von dem hin und wieder gesprochen wird [29]), besteht nicht und braucht nicht zu bestehen. Der Offerent hat mehr wie einen Anspruch auf Dulden des Auskaufs: er hat die Macht, durch eigenes Handeln den Auskauf zu bewirken [30]). Alle Folgerungen, die einem vermeintlichen Zwangsrechte zum Leiden des Auskaufs behufs Entscheidung der Frage entnommen werden, welcher Pfandgläubiger dem anderen vorgehe, wenn Beide gleichzeitig einander oder einen dritten Pfandgläubiger auskaufen

des Ausgekauften arg. l. 3 quae res pign. 20, 3. c. 3 § 1 C. de iur. dom. imp. 8, 34.

[27]) c. 1 C. qui potiores 8, 18. — Die Deposition freilich beruht nicht lediglich auf der Macht des Offerenten, sondern hier verbindet sich mit letzterer die Verpflichtung des Gerichts, die Deposition anzunehmen. Sollte sich das Gericht dieser Verpflichtung entziehen wollen, so würde dem Offerenten ein öffentlicher, im Wege der Beschwerde geltend zu machender Anspruch zustehen, geeigneten Falles auch ein privatrechtlicher Anspruch auf Schadensersatz. Ebenso verhält es sich bei gerichtlichen Insinuationen hinsichtlich der Protokollaufnahme, bei Intabulationen hinsichtlich der Eintragungen in die öffentlichen Bücher, auch bei dem Eheschlusse hinsichtlich der Erklärung des Standesbeamten.

[28]) Windscheid, a. a. O. § 233^b N. 16.

[29]) Schmid, Grundlehren der Cession I (1863) S. 313—319).

[30]) » - ὁ μέντοιγε δεύτερος τῷ πρώτῳ καὶ ἄκοντι προσφέρει - « »secundus autem primo etiam invito offert« — Veronesische Scholie zu c. 5 C. qui potiores 8, 18; Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. XV S. 128 No. 306. Mit Recht hat daher das O.-A.-Gericht Cassel 1850 eine Klage auf Dulden des Auskaufs als zwecklos verworfen; Seuffert, Archiv VI, 160.

wollen, fallen mithin in sich zusammen. Es entsteht in solchen Fällen nicht die mindeste Schwierigkeit. Wer zuerst die geschuldete und angebotene Summe sei es zur Annahme sei es zur Deposition bringt, hat damit den Auskauf des Anderen bewirkt. Forderung und Pfandrecht des Ausgekauften sind dann zum Erlöschen gebracht und es ist mithin in dessen Person die Voraussetzung sowohl der Auskaufsbefugniss wie des Ausgekauftwerdens geschwunden.

7. Sind hiernach die Gewährungen rechtlicher Macht ebenso von dem Schutze durch Normen wie von der Verleihung von Ansprüchen innerlich verschieden, so macht sich auch ein dringendes Bedürfniss fühlbar, dieselben durch eine feste und gleichbleibende Benennung von den Rechten und Ansprüchen abzusondern. Die Römer haben sowenig wie die Neueren einen constanten Sprachgebrauch befolgt. Neben der häufigen und treffenden Bezeichnung als potestas [31]) oder facultas [32]) findet sich auch die leicht

---

[31]) Gai. II, 62: »alienandae rei potestas«. pr. J. de lege Falcidia 2, 22: »legandi potestas«. l. 26 de contr. empt. 18, 1: »deminuendi potestas«. l. 11 pr. de divortiis 24, 2: »divortii faciendi potestas«. l. 9 de curatoribus fur. 27, 10: »potestas - eligendi«. l. 57 pr. de adq. v. o. h. 29, 2: »abstinendi potestas«. l. 21 de usu 33, 2: »potestas dandi«. l. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: »ut - - legare volet, ius potestasque esto«. l. 33 de furtis 47, 2: »intercipiendi potestas«. l. 17 § 20 de iniuriis 47, 10: »procuratoris dandi potestatem«. l. 120 de v. s. 50, 16: »potestas - heredis instituendi et legata et libertates dandi tutelas quoque constituendi -«. c. 4 C. de his qui in prior. 8, 18: »offerendi pecuniam potestas -« etc. etc.

[32]) l. 6 de in int. rest. 4, 1: »abstinendi facultatem«; ebenso l. 2 de succ. ed. 38, 9. l. 14 § 1 quod met. causa 4, 2: »restituendi facultatem«. l. 1 § 16 si quadr. 9, 1: »noxae dedendae facultatem«. l. 2 de distr. pign. 20, 5: »offerendae pecuniae facultas«. l. 1 § 5 l. 6 § 1. 2 si quis omissa 29, 4: »facultatem et ab instestato succedendi -«. l. 2 pr. si quis aliq. 29, 6: »facultas testamenti faciendi«. l. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: »legandi facultatem«. l. 95 § 6 de sol. 46, 3: »facultas solvendi«. l. 17 § 4 de iniuriis 47, 10: »facultas praestare servum«. c. 6 C. qui testamenta 6, 22: »-mutandi iudicii facultatem et, quemcunque voluerit, - - heredem scribendi -« c. 19 § 4 C. de testamentis 6, 23: »testandi facultas -« etc. etc.

misszuverstehende Bezeichnung licentia[33]) sowie der allgemeinere Ausdruck ius[34]). Ja, hin und wieder werden alle vier Bezeichnungen in gleicher Weise auf ein und dieselbe Befugniss angewendet[35]). Im Deutschen würde die Benennung als rechtliche Macht oder als rechtliches Können der Sache am meisten entsprechen. Doch empfiehlt sich eine zweigliedrige Bezeichnung als technische nicht. Zudem würde der Ausdruck Macht leicht Missverständnisse erzeugen, da auch das subjective Recht häufig als Macht definirt wird. Einen Ausdruck aber besitzt die deutsche Sprache, welcher völlig bezeichnend und trotz seiner Gebräuchlichkeit noch nicht für einen bestimmten Begriff in Besitz genommen ist. So erscheint er gewissermassen noch als vacant. Es ist dies der Ausdruck Befugniss. Dass derselbe, wie Brinz[36]) annimmt, sprachlich nicht das rechtliche Können, sondern das rechtliche Dürfen bezeichnet — welche Begriffe allerdings durchaus verschiedene sind — vermag ich

---

[33]) pr. J. de lege Falcidia 2, 22: »legandi licentiam«. l. 14 § 4 quod metus c. 4, 2: »licentiam restitutionem facere«. l. 12 § 7 soluto matr° 24, 3: »licentia nuntium mittere«. l. 33 de leg. I: »licentiam altero electo ad alterum transire -«. c. 29 § 1 C. de pactis 2, 3: »licentiam renuntiare«. c. 5 C. de incestis 5, 5: »uxorem ducendi licentiam - « etc.

[34]) pr. J. de stipulatione serv. 3, 17: »ius stipulandi«. l. 28 § 2 de pactis 2, 14: »donandi ius«. l. 3 pr. de distr. pign. 20, 5: »ius offerendae pecuniae«. l. 6 pr. qui testam. fac. 28, 1: »testamenti faciendi ius«. l. 1 pr. ad leg. Falc. 35, 2: »ut legare volet, ius - esto«. l. 3 § 5 de bon. poss. 37, 1: »ius testandi« — etc.

[35]) So wird das Veräusserungsrecht des Pfandgläubigers bald als potestas — c. 8 C. qui potiores 8, 17; l. 4 de distr. pign. 20, 5 — bald als facultas — c. 6. 11. 14. 16. 19 C. de distr. pign. 8, 27 — bald als licentia — c. 3 § 1 C. de iure dom. imp. 8, 33 — bald endlich als ius bezeichnet: c. 1 pr. C. si vend. pign. 8, 29. Aehnlich finden sich für einen Fall der Rechtsverfolgung die Ausdrücke licentia, ius, facultas als synonym gebraucht in l. 1 pr. § 1 de liber. causa 40, 12.

[36]) A. a. O. § 65 S. 211; 1. Aufl. § 23 S. 49. — Dawider auch Windscheid a. a. O. § 37 N. 1.

nicht zuzugeben. Schon jetzt wird ganz allgemein der Ausdruck Befugniss zur Bezeichnung der einzelnen Fälle rechtlicher Macht gebraucht. Veräusserungsbefugniss, Verpfändungsbefugniss, Cessionsbefugniss sind alltägliche Worte. Es kommt nur darauf an, den bisher regellos ineinanderfliessenden Gebrauch der Ausdrücke Recht und Befugniss nach festen Grenzen zu scheiden — jenen einzig für den normgeschützten und mit Anwartschaft auf Ansprüche ausgestatteten Zustand, diesen für die Fälle rechtlichen Könnens zu reserviren. Was man damit an einer reicheren Auswahl gleichwerthiger Ausdrücke verliert, wird übervoll durch den Vortheil einer festen und klaren Terminologie ersetzt werden.

8. Die Befugniss ist rechtliche Macht[37]). Damit ist aber nicht die Frage bejaht, ob der Gebrauch dieser Macht stets rechtlich erlaubt sei. Es ist möglich, dass die Rechtsordnung die Handlung, an welche sie regelmässig rechtliche Folgen anzuknüpfen verspricht, unter bestimmten näheren Voraussetzungen missbilligt oder selbst bei Strafe verbietet. Sofern die Rechtsordnung zugleich ausspricht, dass unter diesen besonderen Voraussetzungen die rechtlichen Folgen nicht eintreten werden, nimmt sie insoweit zugleich die Befugniss zurück. So soll und kann Niemand eine Doppelehe eingehen[38]), so kann der Ehemann das Dotalgrundstück nicht veräussern[39]). Und zwar ist h. z. T. Regel, dass die Rechtsordnung dem ihr missliebigen Geschäfte keine rechtliche Wirkung entspringen lässt[40]). Dennoch giebt es noch immer nicht wenige Fälle, in denen

[37]) Daher potestas. Vgl. auch l. 13 § 10 de accept. 46, 4: »sed hi omnes debent novare (possunt enim) et sic accepto ferre.«

[38]) c. 2 C. de incestis 5, 5: »Neminem - binas uxores habere posse vulgo patet -. quam rem competens iudex inultam esse non patietur.«

[39]) Oben S. 85 fg.

[40]) Im Zweifel ist jedes verbotene Rechtsgeschäft h. z. T. nichtig, das verbietende Gesetz eine lex perfecta.

die Rechtsordnung die Befugniss belässt, obschon sie davon Gebrauch zu machen verbietet[41]). Die Handlung ist dann als Uebertretung des Verbots ein Delict, als Ausübung der trotz des Verbots gebliebenen Befugniss ein Rechtsgeschäft und mit den rechtlichen Wirkungen desselben versehen. Beispiele bieten sämmtliche leges minus quam perfectae[42]). Ebenso gehören die anfechtbaren Rechtsgeschäfte hierher[43]), wie auch die impedimenta impedientia des canonischen Eherechts. Die Befugniss kann mithin vorhanden, aber der Gebrauch derselben verboten sein.

Umgekehrt kann die Rechtsordnung die Ausübung der Befugniss zur rechtlichen Pflicht erheben. Fast jede Veräusserung ist die Realisation eines darauf gerichteten obligatorischen Vertrags, mithin die Erfüllung einer rechtlich begründeten Verpflichtung[44]). Die cessio necessaria, der Eheschluss nach vorausgegangenem Verlöbnisse bieten weitere Beispiele hierfür. Immer aber ist das Soll, welches die Rechtshandlung gebietet, von dieser selbst begrifflich

---

[41]) Das Können (posse) ist dann vorhanden, nicht aber das Dürfen (licere). Indessen wird auch das licere im Sinne des (erlaubten) Könnens gebraucht — vgl. Anm. 33. l. 137 § 6 de v. o. 45, 1 und dazu Ravit, Archiv für civil. Praxis LVIII S. 42; c. 1 C. quando liceat ab emptione discedere 4, 45 — ja, hin und wieder selbst im Sinne des missbilligten Könnens: l. 144 pr. l. 197 de r. j. 50, 17. l. 42 pr. de ritu nupt. 23, 2.

[42]) Z. B. die Strafbestimmungen bei Wiederverheirathung vor Ablauf der Trauerzeit.

[43]) Z. B. die alienatio in fraudem creditorum.

[44]) Es giebt sonach ein Forderungsrecht und (im Falle dass diesem nicht Genüge geschieht) einen Anspruch auf Ausübung einer Befugniss — in diesem Sinne ist gegen ein »Recht am Recht« ebenfalls nichts einzuwenden. Vgl. Abschnitt IV Anm. 72. S. 182. Ja, im Leben wird sich meistens die Rechtsbewegung abwechselnd aus den beiden Elementen — Befugniss und Recht — zusammensetzen. Der Verkauf (Befugniss) erzeugt eine Verpflichtung des Verkäufers (Recht) zur Vornahme der Tradition (Befugniss), diese verschafft dem Empfänger Eigenthum (Recht) — und so kann der Kreislauf wieder beginnen.

zu scheiden. Trotz der Verpflichtung zur Vornahme der letzteren hängt der Eintritt der ihr eigenthümlichen rechtlichen Folgen nach wie vor von ihrer wirklichen Vornahme ab. Damit ist dem Verpflichteten die Möglichkeit verblieben, die rechtlichen Folgen nicht eintreten zu lassen. Erst wenn die Rechtsordnung die nämlichen rechtlichen Folgen, die sie an die Handlung zu knüpfen verspricht, trotz Nichtvornahme derselben an einen anderen Thatbestand anknüpft, und zwar so, als wäre die Handlung erfolgt, wird mit Eintritt dieses Thatbestandes die Ausübung der Befugniss nicht nur überflüssig sondern rechtlich unmöglich. Damit ist denn auch für den concreten Fall die Befugniss selbst entzogen [45]).

Das rechtliche Können ist mithin unabhängig einerseits vom rechtlichen Nichtdürfen andernseits vom rechtlichen Sollen.

9. Die Annahme besonderer von der Rechtsordnung verliehener Befugnisse enthält, wie es scheint, ein Aufgeben des Satzes, der an die Spitze dieser Untersuchungen gestellt worden ist: dass alles Recht nur und allein in Imperativen der Rechtsgemeinschaft besteht. Denn zu den Rechtssätzen, die sich auf Gebote oder Verbote zurückführen lassen, scheint hiernach noch eine Reihe anderer zu treten, die keine Imperative enthalten, die vielmehr eine unmittelbare Macht verleihen, Gewährungen, wie Brinz [46])

[45]) Wenn z. B. nach § 779 der Reichscivilprocessordnung die Erklärung, zu deren Abgabe der Schuldner verurtheilt wurde, mit der Rechtskraft des Urtheils als abgegeben gilt, so würde von diesem Augenblicke an die nachträgliche Erklärung zwar noch thatsächlich möglich, aber rechtlich bedeutungslos sein, mithin nicht als Rechtshandlung erscheinen.

[46]) A. a. O. S. 90: »Diese Bestimmungen laufen sämmtlich auf Gebote, Verbote, Gewährungen hinaus.«

sie treffend bezeichnet, dem permittere des Modestinus[47]) entsprechend. Und doch hoffe ich, dass sich unser erster Ausgangspunkt auch diesem Bedenken gegenüber rechtfertigen lässt. Es ist m. E. ungenau, die Gewährungen mit den Geboten und Verboten auf eine Linie zu stellen. Nur die letzteren enthalten das Recht. Die Gewährungen sind selbstständige Rechtssätze nicht. Sie bestimmen nur die Vorbedingungen für den Eintritt oder das Ende gewisser Imperative[48]).

Nehmen wir ein einfaches Beispiel. Es besteht kein selbstständiger Rechtssatz des Inhalts: »Du darfst eine herrenlose Sache occupiren«. Denn was zunächst die Thatsache der Bemächtigung anbetrifft, so ist dieselbe von jeder Gewährung unabhängig. Sie kann erfolgen ohne diesen Rechtssatz, sie kann trotz desselben unausführbar sein. Ein besonderes Erlauben derselben aber hätte keinen Sinn; es genügt, dass die Handlung nicht verboten wird[49]). Die Tragweite des Satzes liegt mithin allein in den rechtlichen Folgen, die an die Occupation angeknüpft werden. Würde die Rechtsordnung weder Eigenthum noch Besitz noch ein anderes Recht als Folge der Occupation anerkennen, so wäre der Satz ohne jede Bedeutung; er würde dann überhaupt kein Rechtssatz mehr sein[50]). So aber

---

[47]) l. 7 de leg. 1, 3: »Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.«

[48]) Es versteht sich, dass wenn ich hier von Eintritt und Ende gewisser Imperative spreche, damit Anfang und Zurücknahme nicht des Rechtssatzes selbst, sondern nur seiner concreten Anwendung bezeichnet werden sollen.

[49]) Abschnitt VI S. 292 fg.

[50]) Ich sehe ab von der Möglichkeit, dass etwa der Satz eine besondere Garantie gegen künftige Verbote der Occupation Seitens der Gesetzgebung enthalten soll. Alsdann wäre seine Bedeutung ähnlich der einer gesetzlich ausgesprochenen Freiheit der Presse, der Freizügigkeit, der Passfreiheit, der freien Verehelichung und anderer sog. Freiheitsrechte. Derartige Freiheitsverkündigungen können allerdings recht-

bezieht sich der Satz auf die Entstehung der das Eigenthumsrecht bildenden Imperative. Und wieder bieten sich zwei Möglichkeiten dar. Statuirt die Rechtsordnung einen Eigenthumserwerb lediglich durch Occupation, so würde der das Eigenthum bildende Imperativ: »Du sollst eine fremde Sache ohne Einwilligung des Eigenthümers nicht geniessen« genauer dahin zu fassen sein: »Du sollst die Sache, die ein Anderer zuerst occupirt hat, ohne Einwilligung des Occupanten nicht geniessen.« Unser obiger Satz würde dann nur eine Erläuterung des erstgedachten Imperatives sein. Für sich allein betrachtet könnte man ihn einen begriffsentwickelnden nennen [51]). Die zweite

---

lich ihre Bedeutung haben — und bekommen sie namentlich durch ihre Aufnahme in die Verfassung, weil darnach der Erlass eines jene Freiheit aufhebenden Verbots nur in der für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Form ausgesprochen werden kann.

[51]) Die Eintheilung der Rechtssätze in berechtigende, verneinende, begriffsentwickelnde ist m. E. unfruchtbar. Gegen die letztere Kategorie lässt sich am wenigsten sagen. Nur muss man sich des unselbstständigen Charakters dieser Rechtssätze bewusst bleiben; sie sind genau genommen nur Stücke eines andern. Dagegen wird die Kategorie der verneinenden Rechtssätze besser aufgegeben. Der verneinende Rechtssatz ist kein Rechtssatz, sondern die Aufhebung bez. Verneinung eines solchen (vgl. auch Abschnitt VI Anm. 6). Zudem wird er leicht mit einem berechtigenden Rechtssatze — dem einzigen, der wirklich Rechtssatz ist — verwechselt. Als Beispiel eines berechtigenden Rechtssatzes führt Windscheid (§ 27 N. 1) an: »a. Wer eine Sache als Faustpfand erhalten hat, darf sie retiniren, bis er befriedigt worden ist.« Man könnte den Satz auch so ausdrücken: »Niemand darf eine Sache, die er zu Faustpfand gegeben, vor Befriedigung des Gläubigers zurückfordern.« Dann weiss man nicht, ob dies in anderer Form (Windscheid unter c) ein berechtigender Rechtssatz oder ein verneinender ist. Und in der That gehört er zu letzteren. Wird eine Sache vom Eigenthümer zu Faustpfand gegeben, so hat dies folgende Wirkungen: 1) Es cessirt für den Empfänger der Imperativ, welcher die Vorenthaltung einer fremden Sache verbietet (der Empfänger braucht nicht herauszugeben, die sonst begründete Pflicht wird aufgehoben, verneinender Rechtssatz). 2) Es entsteht die Haftung des Empfängers für dereinstige Rückgabe sowie schon jetzt für dolus und culpa. 3) Es entsteht die Haftung

Möglichkeit ist, dass die Rechtsordnung bereits andere Eigenthumserwerbsarten kennt. Dann bedeutet die Anerkennung der Occupation, dass die bisher an anderen Thatbestand angeknüpften Imperative, die wir Eigenthum nennen, bei Occupation einer herrenlosen Sache gleichfalls eintreten sollen. Unser obiger Satz über die Occupation würde auch dann ein begriffsentwickelnder genannt werden können, insofern die Begriffe »fremd« und »Eigenthümer« in den Imperativen des Eigenthums nunmehr eine neue und erweiterte Auslegung erhielten. In beiden Fällen aber bildet die Occupation dort die einzige, hier eine der möglichen Vorbedingungen für das Inslebentreten der das Eigenthumsrecht bildenden Normen.

Ebenso kann das Aufhören einzelner Imperative von der Ausübung einer Befugniss abhängen. So das Ende des Eigenthumsrechts von der Dereliction. Der Eigenthümer kann derelinquiren bedeutet nicht, dass er die Sache thatsächlich aufgeben darf. Dies ist ihm selbstverständlich nicht verwehrt — nach der herrschenden Meinung, weil das Eigenthum als die Fülle des Rechts über die Sache auch dies Recht in sich schliesst, nach meinem Dafürhalten, weil das Wegwerfen der eigenen Sache eben nicht verwehrt ist. Ohne Anerkennung der Derelictionsbefugniss bliebe aber solchenfalls dem Eigenthümer sein Recht. So aber ist die Zurücknahme der Imperative im voraus für den Fall erklärt, dass der Eigenthümer die Derelictionshandlung vornehmen sollte.

Und endlich noch ein Beispiel für das, was wir Uebertragung eines Rechtes nennen. Würde eine Rechtsordnung statt der bisherigen Unübertragbarkeit eines Forderungs-

---

des Gebers für dolus und culpa. 4) Es entsteht für den Empfänger dingliches Pfandrecht, dessen Inhalt schon früher besprochen worden ist. (Abschnitt IV S. 182 fg.) Nur die Sätze unter 2—4 würden zu den berechtigenden gezählt werden dürfen.

rechts eine Uebertragung desselben anerkennen, so würden damit zugleich die seitherigen Imperative geändert. Während bis dahin z. B. der Empfänger eines Darlehns verpflichtet war, dasselbe dem Geber zurückzuzahlen, würde nunmehr auf den Fall der Cession hin einerseits jenes Soll zurückgenommen und andererseits eine Verpflichtung des nämlichen Inhalts zu Gunsten des Cessionars aufgestellt.

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich immer und stets bei jeder Befugniss. Jede Ausübung einer solchen erfüllt die Bedingung für die Entstehung oder für das Erlöschen einzelner Imperative. Hierin erschöpft sich die Bedeutung der Befugniss, sofern es sich lediglich um ihre formale Erfassung, um ihre logische Einordnung in das Ganze des Rechtssystems handelt. Es kommt nur darauf an, diese Imperative richtig zu bestimmen. So enthält der Satz: »ein Testament ist vor sieben Zeugen zu errichten« und ebenso der weitere: »die Testamentszeugen müssen geschlechtsreife Personen männlichen Geschlechts sowie gebetene Zeugen sein« nicht etwa die Imperative: »Du sollst, wenn Du ein Testament errichten willst, dies vor sieben Zeugen thun« oder: »Du sollst keine unmündige Person, keine Frau, keinen unfreiwilligen Testamentszeugen zuziehen.« Derartige Gebote sind der Rechtsordnung fremd. Die Imperative liegen weit tiefer und versteckter. Sie bestehen einmal in den sämmtlichen Geboten und Verboten, welche zu Gunsten des Erben erlassen sind. Vornehmlich also in dem Verbote der Vorenthaltung der Erbschaft, aber auch in dem Gebote an den Schuldner des Erblassers, nunmehr an den Erben zu zahlen u. s. w. Umgekehrt aber auch in den Geboten und Verboten, die den Erben als solchen verpflichten. Diese Imperative würden aber in der Luft schweben, wenn nicht die Frage, wer Erbe sei, gleichfalls Beantwortung fände. Sie zu bestimmen, zielen die beiden zuvor erwähnten unselbstständigen Rechtssätze ab;

nicht sie allein, sondern mit ihnen eine grosse Anzahl anderer. Dass die gedachten Imperative allein die reale Grundlage jener beiden Sätze bilden, wird eine Probe ergeben. Denken wir uns, es gäbe kein Erbrecht oder doch kein testamentarisches Erbrecht mehr: würde dann noch einem Rechtssatze über Testamente und Testamentszeugen eine Bedeutung zukommen [52])?

10. Ausübung einer Befugniss ist das, was wir Rechtsgeschäft nennen. Letzterem kommt mithin, wenn wir die Structur der Rechtssätze zunächst rein äusserlich betrachten, lediglich die Function zu, eine Vorbedingung für den Eintritt oder für die Aufhebung einzelner Imperative zu sein. Das Rechtsgeschäft auf dem Gebiete des Privatrechts insbesondere [53]) ist die Vorbedingung für den Eintritt oder Wegfall solcher von der Rechtsordnung

[52]) Die Imperative, die jeder Rechtssatz enthält, werden oft nicht correct entwickelt. So lehrt Ihering, Geist, I § 4 S. 43 (3. Aufl. S. 52) zwar vollkommen richtig: »Jeder Rechtssatz knüpft an eine bestimmte Voraussetzung (»wenn Jemand dies und das gethan hat«) eine bestimmte Folge (»so soll dies und das eintreten«)«. Wenn er aber als Beispiel anführt: »wenn eine Bürgschaft vorgenommen wird und zwar von einer Frau - - so soll u. s. w.« (dieselbe ungültig sein), so halte ich dies Beispiel nicht für zutreffend. Hätte die Rechtsordnung gesagt: »jeder Mann, der sich verbürgt, haftet aus seiner Bürgschaft« so würde wohl Niemand daran denken, dass für die Frauen ein Rechtssatz bestände. Ebensowenig wie wir neben einem Imperative, der den jungen Mann von 18 Jahren für militärpflichtig erklärt, einen zweiten annehmen werden: »wenn eine Frau 18 Jahre ist, so soll sie nicht militärpflichtig sein.« Die Frau ist niemals verhaftet und niemals militärpflichtig, mag sie sich zu verbürgen versucht haben oder 18 Jahre alt sein oder nicht. Nun ist es aber nur eine andere Form, wenn die Rechtsordnung sagt: »wer sich verbürgt, haftet — mit Ausnahme einer Frau, die sich nicht verbürgen kann.« Letzteres ist ebenfalls kein Rechtssatz, sondern nur eine Einschränkung des vorhergehenden — bezüglich, wenn dieser zuvor allgemein gültig war, die theilweise Aufhebung desselben.

[53]) Den weitsehenden Gedanken von Brinz, Pandekten 2. Aufl. I § 66 S. 214, wonach auch diejenigen Geschäfte den Rechtsgeschäften

aufgestellter Imperative, zu deren Erzwingung dem Geschützten ein Privatanspruch zusteht. Die nämliche Function übt aber jede juristische Thatsache aus. Wie das Rechtsgeschäft, so ruft auch das normwidrige Handeln derartige Imperative wach, nicht minder auch oftmals ein Thatbestand, der von menschlichem Verhalten unabhängig ist. Es gilt daher, das Rechtsgeschäft von diesen verwandten Erscheinungen nach beiden Seiten hin abzugrenzen.

Das normwidrige Verhalten ist ebenfalls Vorbedingung für eine grosse Zahl neuer Imperative. Nicht allein insofern, als es die Voraussetzung ist für das Lebendigwerden der Gebote, welche an die mit dem Erfüllungszwang und (falls die Uebertretung strafbares Unrecht enthält) an die mit dem Strafzwang betrauten staatlichen Organe gerichtet sind. Die Normwidrigkeit kann vielmehr, wie bereits ausgeführt worden ist, auch die Quelle neuer, Privatrecht constituirender Imperative sein. Der schuldvollen Uebertretung des Verbots »Du sollst nicht stehlen« entspringt sofort das secundäre Gebot der Ersatzleistung, nach römischem Rechte überdiess das der Zahlung von Privatstrafe. Der Diebstahl ist mithin Vorbedingung für das Concretwerden der Normen, welche ein Forderungsrecht auf Ersatz und nach früherem Rechte auf Privatstrafe begründen.

Nun wird die Unterscheidung zwischen Delict und Rechtsgeschäft nie gelingen, so lange man das erstere zwar vom Standpunkte der Rechtsordnung, das zweite aber vom Standpunkte des Handelnden aus zu bestimmen versucht. Die gebräuchliche Definition des Rechtsgeschäfts, wie WINDSCHEID sie giebt[54]), lautet:

---

zugezählt werden, »welche vom Rechte selbst aufgestellt oder anerkannt sind zur Schöpfung und Aufhebung sowie zur Anwendung seiner selbst«, kann ich hier nicht weiter verfolgen.

[54]) WINDSDHEID, Pandekten, § 69. Aehnlich die Lehrbücher von ARNDTS § 63 KELLER § 49 PUCHTA § 49; SAVIGNY, System III S. 5; WÄCHTER,

»Rechtsgeschäft ist die auf die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten gerichtete Privatwillenserklärung.«

Hiernach würde der Zweck, den der Handelnde bei seiner Erklärung vor Augen hatte, die Handlung zum Rechtsgeschäft stempeln. Dem treten aber dreifache Bedenken entgegen.

Zunächst befremdet, dass solchenfalls jede auf die Erzeugung rechtlicher Wirkungen gerichtete Erklärung ein Rechtsgeschäft sein würde, auch wenn dieselbe rechtliche Folgen nicht hätte und nach dem Stande der Gesetzgebung niemals haben könnte. Wer in der Zeitung seine Gläubiger auffordert, binnen acht Tagen ihre Forderungen anzumelden, widrigenfalls letztere erloschen seien, würde damit ein Rechtsgeschäft vornehmen. Die unsinnigste Erklärung würde um ihres Zweckes willen zum Rechtsgeschäft werden, wiewohl sie für das Recht ein völlig gleichgültiger Act bliebe. Es widerstrebt aber unserm Sprachgefühl, das als ein Geschäft des Rechts zu bezeichnen, was auf dem Gebiete desselben völlig bedeutungslos bleibt. Auch besteht hierfür ein juristisches Bedürfniss nicht. Die Kategorie des Rechtsgeschäfts würde nur erweitert werden, um sie dann in zwei Unterarten — gültige und nichtige Rechtsgeschäfte — zu spalten. Die nichtigen Rechtsgeschäfte sind aber eben juristisch keine Rechtsgeschäfte. Wenn man trotzdem von solchen spricht, so geschieht dies, weil vielfach Handlungen vorkommen, welche eine gewisse Aehnlichkeit mit einem

Württ. Privatrecht II S. 634; Bruns, in der Encyclopädie III § 20. 3. Aufl. S. 364. Enger Thoel a. a. O. § 34 A. 1: »eine die Begründung eines Rechts wollende Handlung«; diesem folgend Wendt, bedingtes Rechtsgeschäft (1872) S. 164. — Betreffs der Geschichte des Begriffs: Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft (1877) S. 1 fg. Karlowa, das Rechtsgeschäft (1877) S. 1 fg. — Betreffs der Differenz zwischen Windscheid und Arndts hinsichtlich des Ausdrucks »Privatwillenserklärung« vgl. unten S. 373. 374.

Rechtsgeschäfte zeigen und hinsichtlich derer es daher zweckdienlich ist, sofort durch die Benennung die Aehnlichkeit mit Rechtsgeschäften zugleich hervorzuheben und als trüglichen Schein zu bezeichnen. Wozu auch Handlungsfähigkeit d. h., wie WINDSCHEID definirt, »die Fähigkeit zum Handeln mit rechtlicher Wirkung«[55]) für das Rechtsgeschäft erfordern, wenn die wirkliche Hervorrufung rechtlicher Wirkungen zum Rechtsgeschäft nicht gehört? M. E. ist keine Erklärung als Rechtsgeschäft zu bezeichnen, welche nicht geeignet ist[56]), sofort oder im weiteren Verlaufe der Dinge rechtliche Wirkungen hervorzurufen[57]).

Weit bedeutsamer ist ein zweites Bedenken, welches

---

[55]) Pandekten § 71. — Wenn BINDING, Normen, II S. 47 diese Definition, die auch ich nur als Definition der Geschäftsfähigkeit für richtig halte, allgemein um desswillen angreift, weil »sie den Nachdruck statt auf den rechtlich relevanten Inhalt auf die Relevanz der Folge oder Wirkung der Handlung« legt, so übersieht er, dass zwar die rechtlich verbotene und die rechtlich gebotene Handlung auch abgesehen von ihren rechtlichen Folgen relevant, jede andere Handlung aber rechtlich indifferent ist, sofern sie eben nicht, wie das Rechtsgeschäft, rechtliche Folgen hat und dann um dieser Folgen willen rechtlich bedeutsam wird. Ich frage, wie sich z. B. die gültige Verpfändung (Rechtsgeschäft) und die Verpfändung einer unverpfändbaren Sache (unverbotene Handlung aber nichtiges Rechtsgeschäft) und die blosse Unterhaltung über eine Verpfändung (unverbotene Handlung) rechtlich von einander unterscheiden sollen, wenn nicht durch die rechtlichen Folgen, welche allein an die erstgedachte Handlung geknüpft sind?

[56]) Aber nicht jede Handlung, die also geeignet ist, ist ein Rechtsgeschäft.

[57]) Ich würde mithin, falls die Rechtsordnung nicht schon an die Handlung allein rechtliche Folgen knüpft, sondern erst dann, wenn noch weitere Thatsachen hinzutreten, nicht mit KÖPPEN (Jahrbücher für Dogmatik XI (1871) S. 144. 152 und der Fruchterwerb des bonae fidei possessor (1872) S. 18) den Gesammtthatbestand als Rechtsgeschäft bezeichnen, sondern nur den Theil desselben, welcher in der Handlung besteht. Gegen KÖPPEN vgl. auch SCHLOSSMANN, die Lehre vom Zwang (1874) S. 15 N. 23; ZIMMERMANN, die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio (1876) S. 141 fg.; KARLOWA a. a. O. S. 3. 7; EISELE, Krit. Vierteljahrsschrift XX (1878) S. 6.

hier freilich nur angedeutet werden kann. Ist es der Wille des Handelnden, der die rechtlichen Wirkungen hervorruft, so folgt mit Nothwendigkeit, dass dieser Wille auch vorhanden, mithin die rechtlichen Folgen gewollt sein müssen — und dass beim Mangel des Willens keine Erklärung im Stande ist, die rechtlichen Wirkungen herbeizuführen, die nur das Erzeugniss des Willens sind. Dies entspricht denn auch völlig der jetzt herrschenden Lehre[58]). Mehr und mehr gewinnt aber der Widerspruch gegen dies Dogma an Boden[59]) und auch ich möchte dasselbe als unhaltbar ansehen. Will man aber mit ihm brechen, so ist dies nur möglich, wenn man zugleich die gebräuchliche Auffassung des Rechtsgeschäfts aufgiebt.

Und endlich noch ein drittes. Ist jede auf die Her-

[58]) Selbst Brinz, dem das grosse Verdienst gebührt, zuerst den Begriff des Rechtsgeschäfts klar erkannt zu haben (vgl. Anm. 64), hält doch mit Entschiedenheit daran fest, dass »die Absicht des Handelnden auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet, diese der Zweck seiner Handlung sein (muss), wenn die Handlung Rechtsgeschäft sein soll« (Pandekten, 1. Aufl. II S. 1392 vgl. S. 1390. 1500 fg.) Und sonach ist es allerdings richtig, was Schall a. a. O. S. 5 bemerkt, »dass Brinz alsbald, was er mit der einen Hand gegeben, mit der andern wieder nimmt.« Auch Ihering steht mit seiner Definition (Geist III § 53 S. 125. 3. Aufl. S. 132): »Das Rechtsgeschäft ist die Form, in welcher der subjective Wille innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken seine rechtschöpferische Thätigkeit entfaltet« auf dem Boden der herrschenden Lehre. Denn Ihering sieht den subjectiven Willen als das schöpferische Element an und das objective Recht nur als die Schranke des ersteren.

[59]) Roever, Ueber die Bedeutung des Willens (1874). Bähr, Jahrb. für Dogmatik XIV (1875) S. 400 fg. Lotmar, Ueber causa (1875) S. 15—17. Hoelder, Krit. Vierteljahrsschrift XVIII (1876) S. 176. Schlossmann, Vertrag (1876) S. 80 fg. Schall, der Parteiwille im Rechtsgeschäft (1877) insb. S. 46. Vgl. auch Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation (Jahrb. für Dogmatik XVI (1877) S. 91 fg.), welcher freilich den Knoten, statt ihn zu lösen, durchhaut, indem er die Möglichkeit einer Dissonanz zwischen internem Willen und Willenserklärung in Abrede stellt. Hiergegen unten Anm. 70.

vorbringung rechtlicher Folgen gerichtete Willenserklärung Rechtsgeschäft, so ist eine objective Grenze zwischen diesem und dem Delicte nicht zu ziehen. Wird einmal ein Delict um seiner rechtlichen Folgen willen begangen, so würde es sofort auch zum Rechtsgeschäfte werden. Dann würde man rathlos der Frage gegenüberstehen, ob nunmehr die Grundsätze über Rechtsgeschäfte oder die über Delicte anzuwenden seien — ob beispielsweise Geschäfts- oder Zurechnungsfähigkeit des Handelnden erfordert werden müsse. Auch darf man sich nicht damit beruhigen, dass der Fall sich nur selten ereignen wird[60]). Schon die Möglichkeit seines Vorkommens genügt, um den Fehler in der Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts aufzuweisen[61]).

11. Stellt man sich sowohl bei der Bestimmung des Delicts wie bei der des Rechtsgeschäfts auf den Standpunkt

[60]) Bekker, Jahrb. für Dogmatik XII (1873) S. 32: »- ich möchte definiren: Handlungen, die ihrer juristischen Folgen wegen von den Betheiligten vorgenommen werden. Hinzuzufügen »erlaubte« Handlungen scheint mir überflüssig, da ein Delikt nicht leicht seiner juristischen Folgen wegen begangen werden mag.« Ein nächtlicher Unfug, von Studenten zu dem Zwecke verübt, um die Freuden des Carcers kennen zu lernen, wäre sonach ein Rechtsgeschäft; ebenso der Excess eines Vagabunden, um Unterkunft und Verpflegung im Haftlocale zu erhalten. Die Definition von Windscheid ist allerdings gegen den Einwand aus diesen Beispielen gedeckt, da sie einen auf Entstehung etc. von Rechten (= Privatrechten) gerichteten Willen verlangt. Wenn aber die Absicht auf Hervorrufung der an die Handlung geknüpften Privatstrafe ging — die That des L. Veratius (Gell. N. A. XX, 1) könnte ein Beispiel geben — so würde die Handlung auch nach Windscheid ein Rechtsgeschäft sein.

[61]) Diesem dritten Bedenken glaubt Zimmermann, die Lehre von der stellvertretenden Negotiorum Gestio (1876) S. 139 Anm. 164 durch die Aufnahme der Worte »ihrem Wesen nach« in die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts begegnen zu können, indem er letzteres definirt: »eine in eigener oder gleichartiger Angelegenheit vorgenommene Handlung, welche ihrem Wesen nach auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtet ist.« Es ist dies m. E. entweder unklar gedacht oder unklar ausgedrückt.

der Rechtsordnung, so scheiden sich beide Begriffe leicht von einander.

Das Delict enthält nothwendig ein normwidriges Verhalten, mithin ein solches, welches mit einem Imperative der Rechtsordnung im Widerspruch steht. Zieht dieses auch keine Rechtsfolgen nach sich — wie jedes Delict, das nicht mit Strafe bedroht ist und das auch keine Schädigung hinterlässt, welche ausgeglichen werden könnte und müsste [62]) — so ist es doch für die Rechtsordnung kein gleichgültiges Ereigniss. Das Recht d. h. die ganze Wucht des allgemeinen Willens steht solchem Verhalten entgegen. Nicht erst seine Folgen machen es für das Recht von Bedeutung: schon während das Delict begangen wird, ist es, weil es Delict ist, rechtlich relevant [63]). Praktisch zeigt sich dies in dem s. g. Rechte der Nothwehr. Einer Normwidrigkeit zu wehren, ist Jedermann gestattet, während dieselbe That, falls sie nicht solchem Zwecke gilt, verboten sein kann. Und auch wenn das Delict, was der gewöhnliche Fall ist, rechtliche Folgen nach sich zieht, so treten

---

[62]) Z. B. der aufgegebene Versuch nach § 46 des St.-G.-Buchs.

[63]) Am energischsten wird dies verkannt von COHNFELDT, die Lehre vom Interesse (1865) S. 28: »Es sind Gebote der Moral, nicht zu tödten, nicht zu stehlen - -. Das Recht befasst sich mit derlei Vorschriften nicht! - - Das Recht hat keinen Präventiv-Charakter, sondern wirkt durch Strafen und schreitet erst ein, wenn das Delict begangen ist.« Ebenso LOTMAR, causa, S. 10: »Nach der Art der Rechtswirkung kann der Jurist als Dogmatiker sie (die rechtlichen Willensäusserungen) specialisiren in Rechtsgeschäfte und Delicte, nach der Art der Thatsache, ob sie etwas Unrechtes sei oder nicht, kann nur der Moralist und Philosoph -.« Ein Anklang hieran auch bei WINDSCHEID, Pandekten, § 27 N. 1 a. E. — Diese Ansicht, welche die Gebote und Verbote aus dem Gebiete des Rechts in das der Moral verweist und nur die Folgen ihrer Uebertretung für das Recht vindicirt, hätte nicht aufgestellt werden können, wenn man nach dem Wesen dieser rechtlichen Folgen etwas näher geforscht hätte. Vgl. Abschnitt I § 3 S. 7 fg. Statt dass die Imperative aus dem Rechte zu scheiden sind, besteht vielmehr das ganze Recht nur aus Imperativen.

diese ein unabhängig von dem Wollen des Delinquenten. Das Delict ruft sie gegen den Thäter heraus. Auch ohne dass dieser sie wünscht, treten sie ein; sie werden aber auch dadurch nicht ausgeschlossen; dass der Thäter ihrer begehrt. Nur hat die Rechtsordnung durch Gestaltung der Strafen als Uebel dafür zu sorgen, dass normal gebildete Menschen regelmässig kein Verlangen nach ihnen tragen werden.

Ganz anders das Rechtsgeschäft. Schon äusserlich in der Structur der Rechtssätze zeigt sich die Differenz. Wie das Delict ist es zwar die Vorbedingung für gewisse neue Imperative, aber nicht die verbotene Vorbedingung derselben. Die Formel für das Delict und dessen Folgen lautet: »Du sollst nicht; wenn Du es trotzdem gethan, so soll etc.« oder: »Du sollst; wenn Du es unterlassen, so soll.« Die für das Rechtsgeschäft und dessen Folgen beginnt sofort mit einem »Wenn«. Sie lautet: »wenn Du das gethan, so soll« oder »so soll nicht«. Tiefer aber wird die Unterscheidung begründet, wenn wir von der äusseren Erscheinung in das Wesen dieser Vorbedingung zu dringen suchen — wenn wir nach dem Grunde forschen, welcher die Rechtsordnung bestimmt hat, von einer nicht verbotenen und nicht gebotenen Handlung rechtliche Folgen abhängig zu machen. Dass dies nicht blind und zufällig geschieht, liegt auf der Hand. Eher möchte man vielleicht hierin einen zwingenden Grund der Gerechtigkeit oder die Consequenz einer unerbittlichen Logik zu finden vermeinen. Aber auch das würde nicht zutreffen. So sagt die Rechtsordnung: wenn Jemand seinen Namen auf ein Schriftstück gesetzt hat, das neben einem bestimmten anderweiten Inhalt die Bezeichnung Wechsel trägt, so soll er dem legitimirten Inhaber des Papiers die darin genannte Summe zahlen. Niemand wird behaupten, dass die Zahlungspflicht ein absolutes Postulat der Gerechtigkeit sei oder die logische Folge der Namensunterschrift.

Das römische Recht kannte den Satz nicht und doch können wir ihm um desswillen kaum einen Mangel sei es an Gerechtigkeitssinn sei es an Logik vorwerfen. Ebensowenig ist das Gebot rein willkürlich von jener Bedingung abhängig gemacht. Es erhellt vielmehr, dass die Rechtsordnung ihr Soll an die Unterzeichnung des Wechsels geknüpft hat, damit es der Schreiber in seiner Hand habe, hierdurch und durch Begebung des Wechsels beliebig seine wechselmässige Verpflichtung zu begründen. Und so verhält es sich mit jedem Rechtsgeschäft. In der Form der Vorbedingung für den Eintritt oder das Aufhören gewisser Imperative ist das Rechtsgeschäft das zu diesem Zwecke dem Einzelnen von der Rechtsordnung dargebotene Mittel.

12. Mit aller Klarheit und Schärfe ist bereits von Brinz ausgeführt worden, dass das Rechtsgeschäft das von der Rechtsordnung gewährte Mittel zur Hervorrufung rechtlicher Veränderungen sei [64]). Folgt man dieser Auffassung, so schwinden die oben hervorgehobenen Bedenken.

Zunächst wird nicht jede Willenserklärung eines Menschen ein Rechtsgeschäft sein, sobald dieselbe eine Veränderung des derzeitigen Rechtszustandes bezweckt. Nur diejenigen Handlungen verbleiben innerhalb des Begriffes Rechtsgeschäft, welche die Rechtsordnung als geeignete Mittel zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen anerkennt [65]).

Ist weiter das Rechtsgeschäft ein von der Rechtsord-

---

[64]) Brinz, Pandekten, 1. Aufl. II (1871) § 312 S. 1388 fg.: »Nicht irgend eine Absicht oder der Wille des Handelnden, sondern wie schon der Name andeutet, der Wille des Rechtes gibt einer Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäftes - - der ursprüngliche und richtige Sinn des Wortes (kann) nicht wohl ein anderer als der sein, dass dies vom Recht geschaffene, oder zu seinen Zwecken angenommene Geschäfte seien.« 2. Aufl. I (1873) § 66. S. 214. 216.

[65]) Insoweit richtig auch Unger, österr. Privatrecht II § 78 S. 40. Köppen, a. a. O. S. 152 u. A.

nung bezeichnetes Mittel zur Hervorrufung rechtlicher Wirkungen, so ist es zwar denkbar, aber keineswegs nothwendig, dass dies Mittel gerade in dem Wunsche[66]) des Handelnden besteht, es möchten jene Rechtswirkungen eintreten. Die Rechtsfolgen gehen immer und stets von der Rechtsordnung aus; bestehen sie doch nur in den Imperativen der letzteren. Die Rechtsordnung hat mithin auch völlig freie Hand, an welches menschliche Verhalten sie Beginn oder Ende ihrer Normen anknüpfen will. Das allgemeine Interesse wird über die Frage entscheiden, auf welchen Ruf die Gemeinschaft hören soll. Nur das ist klar, dass an den nicht geäusserten Wunsch eine rechtliche Veränderung nicht geknüpft werden kann. Unmöglich kann die Rechtsordnung ihre Normen von einem Umstande abhängig machen, der unerkennbar für alle Uebrigen bliebe. Jedenfalls müsste die Rechtsordnung eine Aeusserung des Wunsches erfordern — welche wir, wenn sie einem Anderen gegenüber erfolgt, als eine Erklärung des Wunsches bezeichnen[67]). Aber sofort stellt sich alsdann ein anderer Uebelstand heraus. Einen Wunsch erklären heisst: in einem Anderen durch eine direct darauf gerichtete Hand-

[66]) Ich vermeide den Ausdruck »Willen«, weil ich denselben auf das Begehren beschränken möchte, welches (wenn realisirt) in der eigenen That des Begehrenden seinen Ausdruck findet. Zwar wird man auch das (noch unrealisirte) Begehren schon als Wollen bezeichnen müssen: nämlich von dem Augenblicke an, in welchem das Stadium der Ueberlegung beendet ist und der Mensch ein bestimmendes Motiv zu künftigem Handeln (einen Entschluss) in sich gebildet hat. Allein immer möchte ich das Wollen nur auf dasjenige beziehen, was der Mensch sich als seinen Antheil an dem angestrebten Erfolge vorstellt, bez. auf das, was er schliesslich selbst dazu beiträgt. Alle weitergehenden Absichten sind genau genommen nur Wünsche.

[67]) Der Kürze wegen werde ich in Folgendem auch nur von solchen Erklärungen sprechen, welche nichts anderes als Erklärungen sind — d. h. welche allein zu dem Zwecke abgegeben werden, um als Erklärungen zu gelten. Ich sehe mithin von sogenannten concludenten Handlungen ab.

lung[68]) die Vorstellung erwecken, dass der Erklärende jenen Wunsch hegt. Wird solchergestalt etwas als Wunsch erklärt, so ist zwar diese Kundgebung Willensmanifestation[69]) — aber nur die Verwirklichung des Erklärungswillens[70]). Nur die Worte, das Schreiben, die redenden Zeichen sind gewollt. Auf das Dasein des Wunsches in der Seele des Erklärenden gestattet die Kund-

[68]) Einerlei ob durch Rede oder Schrift oder andere verständliche Zeichen z. B. durch Aufhissen der Flagge, welche das Begehren eines Lootsen bedeutet.

[69]) Wenigstens regelmässig — mit Ausnahme nämlich der Fälle »momentaner Besinnungs- oder Bewusstlosigkeit - -; die Kraft, von welcher hier die Zunge, die Feder, die Hand, man kann sagen mechanisch geführt wird, kann nicht mehr Wille genannt werden« Brinz, Pandekten, 1. Aufl. II. § 313 S. 1393.

[70]) Hoelder, a. a. O. S. 176. — Der Unterschied zwischen dem Willen, etwas zu erklären (dem Erklärungswillen), und dem Willen als Objecte der Erklärung (dem erklärten Willen) wird neuerdings wieder von Kohler a. a. O. S. 94. 95 völlig verkannt: »Es ist schlechterdings unmöglich, dass eine Willensaktion sich bewusstermassen widerspricht, dass sie bewusstermassen eine Erklärung ohne Wille zu Tage fördert - - ebenso unmöglich als es ist, dass der Mörder zugleich seinen Streich führt und zugleich nicht führt - -. Wer bewusstermassen 100 verspricht, der hat die entscheidende Willensaktion vollbracht -.« — Gewiss müssen wir demjenigen, der einem Anderen erklärt, er wolle und werde ihm morgen 100 auszahlen, ein gewisses Wollen zuschreiben. Die Erklärung (als Willensaktion) nöthigt zu dem Schlusse, dass zur Zeit ihrer Abgabe ein Wille vorhanden war. Aber es ist ein offensichtlicher Fehlgriff, diesen Willen mit dem Entschlusse, 100 zu zahlen, zu identificiren. Aus der Erklärung (als realisirtem Wollen) kann nur auf den Willen, die Erklärung zu machen, mit Sicherheit geschlossen werden. Ob das Erklärte selbst wahr sei, ist eine andere Frage — Bejahung und Verneinung derselben sind gleich denkbar. Wie es möglich ist, dass Jemand der Wahrheit zuwider erklärt, er habe gestern eine Reise gemacht, so kann er auch trotz seines Entschlusses, das Haus nicht zu verlassen, erklären, dass er morgen zu verreisen Willens sei. Ebenso ist aber auch die Erklärung, morgen 100 zahlen zu wollen, wohl vereinbar mit dem festen Entschlusse der Nichtzahlung. Ich sehe nicht, wie man hiernach die Möglichkeit eines derartigen bewussten Widerspruchs zwischen dem erklärten Willen und der Willenswirklichkeit in Abrede stellen kann.

gebung nur insofern einen Schluss, als ein vernünftig denkender und die Wahrheit liebender, auch mit der Sprache oder den Gebräuchen des Orts etc. genügend vertrauter Mensch bei solcher Kundgebung auch jenen Wunsch hegen würde [71]). Hier bieten sich nunmehr für die Rechtsordnung zweierlei Wege. Entweder sie setzt Beides als Voraussetzung für den Eintritt der rechtlichen Folgen: den Wunsch derselben und die Erklärung dieses Wunsches. Dann würde aber, bei der Möglichkeit der Abweichung zwischen Erklärung und Wunsch [72]), der Nachweis dieser Differenz den Eintritt der rechtlichen Folgen hemmen [73]) — und letztere würden solchenfalls wieder von einem Umstande abhängen, für dessen Dasein denen, die es angeht, nur einzelne trügerische Erkenntnissmittel zu Gebote stehen. Oder die Rechtsord-

[71]) Wenn Hoelder a. a. O. S. 176 bemerkt: »Jede Erklärung ist ein Urtheil, jede Willenserklärung ein Urtheil über die Existenz eines Willens - « so ist dies m. E. nicht völlig genau. Nicht jede Erklärung *ist* ein Urtheil. Erklärt Jemand wider besseres Wissen, der A sei der B, so urtheilt er nicht, dass das Individuum B sei. Wohl aber muss regelmässig jede Erklärung Anderen als Urtheil *erscheinen*, jede Willenserklärung mithin als Urtheil über das Vorhandensein eines Willens. Uebrigens ist diese Differenz für die weitere Construction von keinerlei Belang. Denn das Entscheidende ist nur, dass der Erklärende *absichtlich* in Anderen die Vorstellung von seinem Wollen (oder Wünschen) hervorruft. Ich hebe dies hervor, weil ich mich in der Sache mit Hoelder einig weiss, aber auch die Formulirung gegen jetzige und künftige Gegner (vgl. die Anmerkung der Redaction a. a. O. S. 178) sichern möchte. — Wenn sich jetzt Karlowa a. a. O. S. 79 Anm. 1) veranlasst sieht, »dagegen gleich zu bemerken, dass hiernach doch nicht das von Hoelder angenommene Urtheil für den Urtheilenden bindend ist und rechtserzeugend wirkt - -. In Wahrheit wäre es der Wille, mit welchem das Urtheil abgegeben würde, welcher für den Urtheilenden bindende Kraft hätte« — so ist dies zwar an sich richtig, aber auch von Hoelder selbst mit aller Deutlichkeit gesagt und anerkannt.

[72]) Genauer: zwischen der erweckten Vorstellung über das Dasein des Wunsches und der Wirklichkeit, wonach letzterer nicht vorhanden war.

[73]) Ganz gleichgültig müsste es hierbei sein, ob die täuschende Vorstellung absichtlich oder unabsichtlich erregt worden ist. Wenn

nung begnügt sich mit der Erklärung: dann ist das wirkliche Vorhandensein des Wunsches für den Eintritt der rechtlichen Folgen indifferent. Damit wäre wohl zu vereinen, dass letztere ausgeschlossen würden, falls die begleitenden Thatsachen den Mangel des Wunsches auch für die, welche es anging, erkennbar machten.

Aber auch in anderer Richtung kann und wird die Rechtsordnung weiter gehen. Sollten nur die rechtlichen Veränderungen eintreten, betreffs welcher ein dahinzielender Wunsch sei es gefasst und erklärt sei es nur erklärt worden ist, so würde die Rechtsordnung in die Lage kommen, oftmals einzelne ihrer Imperative eintreten lassen zu müssen und andere nicht, obschon sie beide nur vereint

---

Windscheid a. a. O. § 75 N. 1 die Mentalreservation nur um desswillen für bedeutungslos ansieht, weil »ein innerer Vorgang nicht bewiesen werden« könne, so ist dies m. E. weder an sich zutreffend noch gegenüber der Zulassung des Beweises eines Irrthums consequent. Warum soll sich eine vorsätzliche Täuschung weniger erweisen lassen als eine unabsichtliche? Man denke sich, dass Jemand am Ufer eines Stromes dem Fährmann ein Zeichen giebt, vom anderen Ufer herüberzukommen. Kann dann nicht aus den zuvor oder gleichzeitig gegebenen Erklärungen des Thäters an seine Begleiter sowie aus den sonstigen Umständen des Falles die volle richterliche Ueberzeugung dafür gewonnen werden, dass das Winken nur ein schlechter Scherz sein sollte? Auch glaube man ja nicht, dass man zwar wegen mangelnden Willens den Vertrag als nicht geschlossen ansehen, aber dem Getäuschten stets durch einen irgendwie construirten Schadensersatzanspruch zu helfen vermöge. Dieser Ausweg würde da völlig versagen, wo bei angenommener Nichtigkeit des Geschäfts ein nicht zu ersetzender Schaden vorliegen würde — z. B. im Falle einer nachweisbar erlogenen Erklärung eines Eheschliessungswillens. Oder soll etwa die Frau im Rechtssinne nicht Ehefrau sein und sich mit einem Anspruche auf Ersatz ihres etwaigen pecuniären Schadens begnügen müssen, deren Gatte einige Tage oder Wochen nach der Hochzeit mit der Behauptung hervortritt und überzeugend darzuthun vermag, dass er niemals die Absicht gehabt habe, sich mit ihr zu verehelichen, und dass er einen solchen Willen vor dem Standesbeamten und vor ihr lügnerischerweise bloss zu dem Ende erklärt habe, um eine Zeit lang mit ihr wie ein Ehemann leben zu können?

eintreten lassen möchte. Dadurch würde zerrissen werden, was die Rechtsordnung nicht zerrissen sehen will. Um dies zu vermeiden, wird die Rechtsordnung sagen: wenn Jemand das eine zu wollen erklärt hat, so soll zwar dieses eine, dann aber auch das zweite und dritte geschehen. Wer sich von seinem Schuldner eine Sache zu Pfand geben lässt, wünscht dabei möglicherweise nur eine Sicherung durch Vorenthaltung des Pfandes, daneben vielleicht auch seine eigene Verpflichtung zu dereinstiger Rückgabe der Sache. Ein Mehr wünscht möglicherweise auch der Verpfänder nicht und bei keinem von Beiden wird auch eine irrige Vorstellung von dem Wunsche des Anderen erweckt. Und dennoch treten (ausser der Haftung für dolus und culpa, welche letztere allerdings durch besondere Beredung ausgeschlossen werden kann) mit der Hingabe des Pfandes sofort auch die Imperative in Kraft, die den Besitzschutz und das dingliche Pfandrecht des Gläubigers ausmachen, ganz abgesehen davon, dass letzterer weiter auch die Veräusserungsbefugniss erhält[74]).

Diese Wahrnehmung führt zu einem endlichen Schritte. Kann die Rechtsordnung von der Erklärung des Wunsches einer bestimmten rechtlichen Veränderung den Eintritt weiterer nicht gewünschter Rechtsfolgen abhängig machen, so vermag sie auch als Mittel zur Erzielung rechtlicher Wirkungen eine Handlung zu bestimmen, die ohne diese Bestimmung als die Erklärung des Wunsches einer Rechtsveränderung gar nicht aufgefasst werden könnte. Und wiederum bieten sich hier zwei Möglichkeiten dar. Entweder die Rechtsordnung nennt als Bedingung für den Eintritt einer rechtlichen Veränderung die Vornahme einer Handlung, welche abgesehen von dieser Bestimmung keinen

[74]) Belehrende Beispiele von Geschäften, an deren reiche juristische Folgen die Parteien bei Abschluss derselben wohl nur in den seltensten Fällen denken mögen, bei Kohler a. a. O. S. 108.

verständigen Sinn hätte und demgemäss kaum jemals vorkommen würde. Für den, der sie vornimmt, hat die Handlung solchenfalls allein um ihrer rechtlichen Folgen willen Bedeutung. Es gehören hierher die streng formalen Geschäfte. Aeusserlich betrachtet lautet der Satz: wenn Jemand diese oder jene Form erfüllt hat, so soll etc. Seinem Zwecke nach aber besagt er, dass wer den Eintritt einer gewissen rechtlichen Veränderung wünscht, sich als des einzigen hierfür geschaffenen[75]) Mittels jener bedingenden Form bedienen mag. Damit ist dem Rechtsleben der Hebel gewährt, dessen Benutzung die Imperative in Bewegung setzt. Es geht hier zu wie im Märchen. Nur wer das Zauberwort kennt, vermag den Geist zu rufen. Wünscht er dessen Kommen, so wird er das Wort aussprechen. Aber auch der, welcher dies unvorsichtig thut oder ohne Kenntniss der Wirkung, bringt den Geist zum Erscheinen[76]).

Eine zweite Möglichkeit besteht darin, dass die Rechtsordnung an Handlungen, die auch abgesehen von ihrer rechtlichen Wirkung Bedeutung haben, ihre rechtlichen Folgen anknüpft[77]). Namentlich gehören die Handlungen hierher, welche die Verschaffung eines Guts bezwecken und mit welchen die Rechtsordnung nunmehr den Schutz dieses Gutes verbindet. Die Occupation einer Sache würde immer Zweck und Bedeutung haben, auch wenn sich keinerlei Rechtsfolge an sie anschlösse. Denn wer sich der Sache bemächtigt, sichert sich damit die Möglichkeit ihres aus-

---

[75]) l. 38 § 17 de v. o. 45, 1: »inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest - «.

[76]) Vgl. die Fälle bei Kohler, a. a. O. S. 115. 126. 129. 130.

[77]) Trefflich scheidet auch Brinz a. a. O. II S. 1389 die Rechtsgeschäfte also: »während man von einem Theile sagen kann, dass er von dem Rechte erst geschaffen und ohne dieses nicht denkbar sei (wie die solennen Geschäfte der Mancipatio und Injurecessio - -) so sind die naturalen Handlungen der Occupatio und Traditio - - bis auf ein gewisses ohne das Recht und vor diesem denkbar - «.

schliesslichen Genusses. Wenn nun die Rechtsordnung an die Occupation ihren Besitzschutz und — falls die Sache eine herrenlose war — ihren Eigenthumsschutz anknüpft, so wird damit nicht eine andersgeartete Handlung verlangt [78]. Letztere besteht nach wie vor in der Bemächtigung der Sache, nur ist sie jetzt ihrer Folgen wegen auch rechtlich relevant. Möglich, dass nun der Occupant gerade um dieser rechtlichen Folgen willen und mit dem vollen Bewusstsein derselben die Occupation vornimmt. Ebenso möglich bleibt aber auch das Gegentheil und doch hört alsdann die Bemächtigung der Sache nicht auf, auch im Rechtssinn Occupation zu sein [79]. Auch hier ist dann die natürliche Handlung die einzige Vorbedingung für den Eintritt der rechtlichen Folgen: ein auf letztere gerichtetes Wünschen oder Wollen wird auch in solchen Fällen indifferent sein. Ich neige mich dahin, dass die Rechtsordnung bei der Mehrzahl ihrer Rechtsgeschäfte nichts als die Erklärung eines Begehrens nach einem Zustande von wirthschaftlicher oder gesellschaftlicher [80] Bedeutung erfordert und hieran

---

[78]) Wohl aber bestimmt die Rechtsordnung, welches Stadium der natürlichen Handlung eine Occupation im Rechtssinne sein soll, und verlangt auch für diese die allgemeinen Erfordernisse eines Rechtsgeschäfts, mithin Handlungsfähigkeit und zwar speciell Geschäftsfähigkeit. Insofern ist es vollkommen richtig, wenn Brinz a. a. O. S. 1389 sagt: »das Wie der Rechtsgeschäfte (ist) sämmtlich vom Rechte bestimmt, und wäre es nur, dass diejenige Form und Gestalt, welche sie etwa von Natur aus haben, als auch dem Rechte genügend erklärt wird.«

[79]) Wenn Savigny, System III S. 6 (welchem Keller, Pandekten, § 49 wörtlich folgt) die Occupation von den Rechtsgeschäften ausschliesst »als unmittelbar gerichtet auf andere, nicht juristische Zwecke, so dass die juristische Wirkung - als untergeordnet im Bewusstsein zurücktritt«: so ist die Erscheinung sehr richtig erkannt, aber ein falscher Schluss aus derselben gezogen. Vgl. Lotmar, causa S. 17.

[80]) So z. B. bei Eheschluss die Absicht der Eheschliessenden, einander Gatten zu sein. Daher wird denn auch bei rechtlich ungültiger Ehe gleichwohl von nubere gesprochen (l. 16 pr. de ritu nupt. 23, 2:

sofort ihre Imperative anknüpft, ohne nach dem Vorhandensein sei es des Wunsches nach diesen rechtlichen Folgen sei es der richtigen Vorstellung von denselben auf Seiten des Handelnden zu forschen.

Diese Andeutungen mögen genügen. Ihr einziger Zweck war der Nachweis, dass nach der hier vertretenen Auffassung zum Rechtsgeschäft ein auf die rechtliche Wirkung desselben gerichteter Parteiwille keineswegs begrifflich gehört.

13. Und nunmehr wird sich auch drittens das Verhältniss zwischen Delict und Rechtsgeschäft genau bestimmen lassen. Enthält das Delict stets eine Normwidrigkeit, mithin etwas der Rechtsordnung Unerwünschtes und um desswillen von ihr Verbotenes [81]), und ist andererseits das Rechtsgeschäft das Mittel, welches die Rechtsordnung den Einzelnen zur Erzielung gewünschter rechtlicher Wirkungen zur Verfügung stellt: so leuchtet von vornherein ein, dass die Rechtsordnung verständigerweise [82]) nicht die nämliche

---

»cavetur, ut si senatoris filia libertino nupsisset, nec nuptiae essent« l. 42 § 1 eod.: »si - nupserit, nuptiae non erunt«); ebenso von nuptiae (l. 18 L. 34 § 3 eod.), von uxorem ducere (l. 39 § 1: »Si quis ex his, quas - prohibemur uxores ducere, duxerit« l. 63 l. 66 pr. l. 68 eod.), von matrimonium (l. 65 § 1 eod.) und bei uns von Ehe (§ 171 des St.-G.-Buchs: »Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst - - worden ist«).

[81]) Selbstverständlich ist hier nur von den Delicten zu reden, welche in der Uebertretung eines Verbots bestehen.

[82]) Ein logischer Widerspruch, wie Schlossmann, Vertrag S. 130, zu deduciren sucht, würde übrigens darin nicht liegen, wenn genau die nämliche Handlung Delict und Rechtsgeschäft wäre. Erlaubtsein der Handlung gehört eben nicht zum Begriffe des Rechtsgeschäfts, sondern nur das Vorhandensein einer Befugniss d. h. rechtlicher Macht. »Dürfen und Können sind« aber, wie Schlossmann anderwärts (S. 245) anerkennt, »ganz verschiedene Begriffe.« An eine Handlung rechtliche Folgen knüpfen und sie damit als Mittel zur Hervorrufung dieser letzteren bezeichnen und dann um dieser rechtlichen Folgen willen die Handlung untersagen, würde heissen, wie Ritter Blaubart den Schlüssel und da-

Handlung, welche sie verbietet, als Mittel zur Erreichung rechtlicher Wirkungen bestimmen wird. Sie würde ja sonst zu dem, was ihr unerwünscht ist, gleichzeitig einladen und die Normverletzung durch Anknüpfen rechtlicher Folgen im Interesse des Handelnden für diesen begehrenswerth machen. Niemals wird sich daher der Thatbestand eines Delicts mit dem eines Rechtsgeschäfts decken — nie wird es auch vorkommen, dass eine Normwidrigkeit einen nothwendigen Bestandtheil in dem Acte des Rechtsgeschäfts bildet.

Wohl aber ist es umgekehrt möglich, dass die Handlung, welche die Rechtsordnung als Mittel zur Erzielung rechtlicher Wirkungen bezeichnet und demgemäss regelmässig zulässt, bei Hinzutritt bestimmter weiterer Momente der Rechtsordnung nunmehr unwillkommen wird und daher einem Verbote unterliegt. Solchenfalls kann das Rechtsgeschäft aufhören, ein solches zu sein: die Rechtsordnung verbietet dann nicht bloss die also qualificirte Handlung, sie entzieht ihr auch die rechtlichen Folgen, die sie zum Rechtsgeschäft machen würden[83]). Es kann aber auch die Rechtsordnung die Handlung, weil und insoweit sie den Thatbestand eines Rechtsgeschäfts bildet, fort und fort als solches behandeln und dieselbe doch wegen ihrer weiteren Qualification zugleich als Delict ansehen und mit den Rechtsfolgen eines solchen belegen. Hiernach ist es möglich, dass durch Abschluss eines (gültigen) Rechtsgeschäfts ein Delict begangen wird; ja es ist sogar denkbar, dass ein Rechtsgeschäft ein constitutives Moment im Thatbestande eines Delic-

---

mit das Mittel zum Oeffnen des Gemachs zunächst übergeben und alsdann das Oeffnen verbieten.

[83]) Beispiele bietet jede lex plus quam perfecta sowie jede lex perfecta, falls sich in letzterer neben dem »Du kannst nicht« auch ein »Du sollst nicht« constatiren lässt.

tes bildet d. h. dass ein bestimmtes Delict nur durch Vornahme eines (gültigen) Rechtsgeschäfts begangen werden kann[84]).

Die Erscheinung, dass ein gewisser Thatbestand als Rechtsgeschäft wirkt und doch zugleich in Verbindung mit weiteren Thatsachen zum Delicte wird, ist keineswegs eine seltene. Jede wahre lex imperfecta giebt uns ein Beispiel für die Möglichkeit des Zusammentreffens eines gültigen Rechtsgeschäfts und einer folgenlosen Normwidrigkeit, jede lex minus quam perfecta für die eines Zusammentreffens von Rechtsgeschäft und strafbarem Delict. Ja, das gewöhnlichste mit öffentlicher Strafe bedrohte Vergehen, der Diebstahl, enthält, wenn nicht begrifflich, so doch bei weitem in den meisten Fällen ein Rechtsgeschäft. Die thatsächliche Bemächtigung einer Sache in der Absicht der Aneignung ist Rechtsgeschäft; sind doch von dieser Handlung die Imperative abhängig, welche den Schutz des Besitzes begründen. Kommt aber hinzu, dass die in Besitz genommene Sache eine fremde ist und dass sie der Besitzer aus fremdem Gewahrsam genommen, so ist die Gesammthandlung bei Schuld des Thäters zugleich strafbarer Diebstahl. Das Rechtsgeschäft in dieser That bleibt aber Rechtsgeschäft und wirkt als solches fort[85]). Darum sind auch die einzelnen Fragen sowohl betreffs des Rechtsgeschäfts wie betreffs des Delicts den dafür geltenden Bestimmungen gesondert zu unterstellen. Lässt sich Jemand eine fremde Sache aus fremdem Gewahrsam durch einen

[84]) Ein Beispiel hierfür bietet die nach dem zweiten Capitel der lex Aquilia verbotene acceptilatio des adstipulator. Gai. III § 215. Vgl. aus dem heutigen Rechte § 266 Z. 2 § 301. 302 des St.-G.-Buchs. — Die alienatio in fraudem creditorum gehört dagegen zu der erstgedachten Classe von Fällen, da die verbotene Alienation ein Rechtsgeschäft zwar sein kann (und zumeist sein wird), aber nicht zu sein braucht. l. 3 § 1 l. 4 quae in fraudem 42, 8.

[85]) Anerkannt von Bruns, a. a. O. S. 364.

Dritten wegnehmen, so erwirbt er Besitz nach den Regeln des Besitzerwerbs durch Stellvertreter. Das Delict aber besteht in diesem Falle bei Mitschuld des Wegnehmenden für diesen in Thäterschaft, für den Andern in Anstiftung — war aber der Wegnehmende schuldlos, so erscheint er betreffs des Delicts nur als das Mittel der Begehung und der Andere wird als Thäter bestraft.

Das Rechtsgeschäft kann Rechtsgeschäft bleiben und doch zugleich im Vereine mit andern Umständen den Thatbestand eines Delictes bilden. Fälle dieser Art sind so zahlreich, dass ihr Vorkommen kaum jemals verkannt werden konnte. Auch SCHLOSSMANN[86]) bringt mehrere Beispiele für das Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Delict — Beispiele freilich von theilweis sehr problematischer Art. Wenn er aber auf Grund derselben auch hier wiederum[87]) zu dem Schlusse gelangt, die ganze Kategorie des Rechtsgeschäfts sei als unbrauchbar zu verwerfen[88]), so ist gegen diesen m. E. ganz ungerechtfertigten und voreiligen Schluss entschieden Verwahrung einzulegen. Die Berechtigung des Begriffes Rechtsgeschäft und dessen Verhältniss zum Delicte ist, wie ich hoffe, in den bisherigen Ausführungen zur Genüge dargethan. Die Argumentation SCHLOSSMANN's beruht auf einem völligen Verkennen dessen, was Rechtsgeschäft ist. Zeugniss hierfür legt namentlich auch das letzte der Beispiele ab, dessen sich SCHLOSSMANN bei seiner Beweisführung bedient und dessen Besprechung zu unserer letzten Aufgabe überleiten soll: das Rechtsgeschäft, wie es vom

---

[86]) Vertrag S. 130.

[87]) Wie in SCHLOSSMANN's früherem Werke: Zur Lehre vom Zwang S. 11 fg.

[88]) Vertrag S. 139: (Es) »ist durch die Aufdeckung des scholastischen Ursprungs der Kategorieen des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung diesen ihr Platz im System entzogen.«

Delicte abgegrenzt worden ist, auch noch von den übrigen juristischen Thatsachen zu scheiden.

14. »Welcher Jurist« — frägt SCHLOSSMANN —, »dem an seinem Namen gelegen ist, dürfte es wagen, die Brandstiftung als ein Rechtsgeschäft zu bezeichnen? Und doch würde er nach allen Definitionen des Rechtsgeschäftes dazu berechtigt sein [89]). Die durch den Brand herbeigeführte Zerstörung der Sache hat auch das Eigenthum an der Sache aufgehoben, und da bei vorsätzlicher Brandstiftung stets die auf Zerstörung der Sache und somit auch des Eigenthums an der Sache gerichtete Absicht vorliegt, so haben wir alle durch die Definition des Rechtsgeschäftes geforderten Merkmale beisammen«.

Der Fehler ist ganz eclatant. Die in der Brandstiftung liegende Zerstörung der Sache ist um desswillen nicht Rechtsgeschäft, weil nicht die Handlung der Zerstörung, sondern die Thatsache des Zerstörtseins die Voraussetzung für den Untergang des Eigenthums bildet. Existirt das sachliche Gut nicht mehr, dessen Schutz die Rechtsordnung übernahm, so wird sie auch ihren Schutz nicht mehr aufrecht erhalten. Die Art, wie das Gut zerstört wurde, ist für den Eintritt dieser Rechtsveränderung gleichgültig. Ob der Blitz die Sache in Brand gesetzt hat oder ein Thier oder ein wahnsinniger Mensch, ob sich der Brand auf die Handlung eines zurechnungsfähigen Menschen zurückführen lässt und ob diesen ein Verschulden trifft oder nicht: dies Alles ist für die Rechtsfolge des Eigenthumsuntergangs indifferent. Das Charakteristische für die juristische That-

---

[89]) Diese Behauptung ist geradezu unbegreiflich. Nicht nur die Definition von BRINZ, auch die der Anm. 63 angeführten Schriftsteller scheint hiernach SCHLOSSMANN unbekannt geblieben zu sein. Freilich, ihm »wäre (es) ein völlig unfruchtbares Unternehmen«, »auf eine Prüfung, ja nur auf eine Erwähnung der verschiedenen auf den Begriff des Rechtsgeschäftes bezüglichen Meinungsäusserungen einzugehen.«

sache, die wir Rechtsgeschäft nennen, beruht aber darin, dass dieselbe in einer menschlichen Handlung besteht. Von einem Rechtsgeschäfte reden wir nur dann, wenn die Rechtsordnung den Eintritt oder das Aufhören ihrer Imperative davon abhängig macht, dass die von ihr bestimmte Vorbedingung durch die freie That eines handlungsfähigen Menschen verwirklicht wird.

Damit ist auch das Moment bestimmt, welches das Rechtsgeschäft unter denjenigen juristischen Thatsachen erkennbar macht, welche nach Ausscheidung des normwidrigen Verhaltens übrig bleiben. Die Form des Rechtsgeschäfts besteht immer in einer Handlung; jedes Rechtsgeschäft setzt mithin Handlungsfähigkeit [90]) zu seiner Vornahme voraus. Alle juristischen Thatsachen, bei denen nicht eine Handlung das wesentliche Erforderniss für den Eintritt einer rechtlichen Folge bildet, scheiden daher aus dem Begriffe des Rechtsgeschäfts aus. Es ist auch nicht bloss ein äusserer Grund, der uns zur Absonderung des Rechtsgeschäfts von diesen andern juristischen Thatsachen veranlasst. Es geschieht dies nicht nur zum Zwecke einer besseren Systematisirung, um nicht bei jeder einzelnen Thatsache, die wir Rechtsgeschäft nennen, das Erforderniss der Handlungsfähigkeit und dessen Bedeutung von Neuem erörtern zu müssen. Die Berechtigung hierzu entnehmen wir vielmehr aus den Zwecken, welche die Rechtsordnung bei der Aufstellung ihrer Rechtsgeschäfte verfolgt. Letztere sollen das Mittel sein, welches den Einzelnen behufs Erzielung rechtlicher Wirkungen zur Verfügung gestellt wird. Dies Mittel aber wird nur denjenigen gewährt, denen die Rechtsordnung auch die Fähigkeit, es zu gebrauchen, zuspricht. Nicht um der positivrechtlichen Bestimmung willen,

---

[90]) Speciell Geschäftsfähigkeit.

wonach bei dieser und jener juristischen Thatsache, welche in menschlichem Thun besteht, Handlungsfähigkeit erfordert wird, fassen wir diese unter dem gemeinsamen Namen Rechtsgeschäfte zusammen. Wir verfahren umgekehrt. Finden wir, dass die von der Rechtsordnung genannte Vorbedingung für gewisse rechtliche Folgen das Mittel zur Erzielung dieser letzteren sein soll, so entnehmen wir hieraus den Schluss, dass zum Gebrauche dieses Mittels Handlungsfähigkeit gehöre — bei den verpflichtenden Geschäften überdies Verpflichtungsfähigkeit, bei den veräussernden die Fähigkeit zur Disposition.

Keine juristische Thatsache ist mithin zu den Rechtsgeschäften zu zählen, welche (wie die Zerstörung eines sachlichen Guts) zwar auch durch menschliche Handlung verwirklicht werden kann, aber eine solche Handlung nicht nothwendig voraussetzt. Keine juristische Thatsache ferner gehört zu den Rechtsgeschäften, welche zwar nach den Gesetzen der Natur lediglich durch menschliches Thun herbeigeführt werden kann, aber nicht die That eines Handlungsfähigen, mithin keine Handlung erfordert. Ein Beispiel dieser Art bietet die Zeugung [91]). Endlich aber enthält nicht jede unverbotene Vorbedingung einer rechtlichen Folge, wenn dieselbe auch in einer wahren Handlung besteht, die Gewährung einer Befugniss und mithin die Aufstellung eines Rechtsgeschäfts. Nur dann ist dies der Fall, wenn die Handlung zugleich als das von der Rechtsordnung zum Zwecke der beliebigen Hervorrufung dieser Folgen gewährte Mittel erscheint. Nicht zu den Rechtsgeschäften

---

[91]) l. 8 pr. de his qui sui 1, 6: »- sed et si ambo in furore agant et uxor et maritus et tunc concipiat, partus in potestate patris nascetur -«. Hierher würde ferner der Eigenthumsverlust durch inaedificatio, satio, plantatio etc. gehören, insofern als diese juristische Thatsache kaum anders als durch menschliche Hand wird verwirklicht werden können.

gehören hiernach die (wenn auch rechtlich relevanten) Aeusserungen einer Ueberzeugung [92]) und unter diesen vornehmlich das richterliche Urtheil [93]). Wenn auch die Rechtsordnung zumal an das condemnatorische Erkenntniss bestimmte neue Imperative anknüpft, so stellt sie doch nicht dem Richter die Verurtheilung als Mittel zu diesem Zwecke zur Verfügung. Im Gegentheil, die Rechtsordnung befiehlt dem Richter, nach seiner Ueberzeugung Recht zu sprechen, unbekümmert um die Folgen seines Urtheils. Hieraus ergiebt sich aber, dass die Adjudication allerdings ein Rechtsgeschäft genannt werden muss. In ihr stellt die Rechtsordnung dem Richter in der That eine Form zu Gebote, von welcher er, wenn er nach seinem pflichtmässigen Ermessen deren rechtliche Folgen für wünschenswerth hält, zur Erzielung der letzteren Gebrauch machen darf und soll. Die bekannte Streitfrage, ob das richterliche Urtheil

---

[92]) Die Rechtsordnung wird als Mittel zur Erzielung eines rechtlichen Erfolgs verständigerweise nur den Ausdruck eines Begehrens, nicht den einer Ueberzeugung bezeichnen. Sie wird nicht sagen dürfen: »wenn Du diese oder jene rechtliche Folge willst, so halte dies oder jenes für wahr und erkläre diese Deine Ueberzeugung« — und ebensowenig: »so erkläre etwas als Deine Ueberzeugung, einerlei, ob Du sie hegst.« Wohl aber ist zuzusehen, ob nicht mit der Erklärung einer Ueberzeugung zugleich der Ausdruck eines Begehrens verbunden ist, welcher der Rechtsordnung für den Eintritt ihrer rechtlichen Folgen genügt und Rechtsgeschäft ist. So enthält z. B. die Anerkennung als Anerkennungsvertrag ein derartiges Begehren, ebenso die förmliche Ablegung eines Religionsbekenntnisses den Ausdruck des Wunsches, fortan als Glied dieser Religionsgemeinschaft behandelt zu werden.

[93]) Das richterliche Endurtheil ist oder (da es Urtheil bleibt, auch wenn es wider besseres Wissen gefällt wird) erscheint wenigstens als der Ausdruck der richterlichen Ueberzeugung, dass nach Lage des Processes den Beklagten eine Verpflichtung trifft oder nicht trifft. Ersterenfalls wird die dem Beklagten geltende Norm zugleich wiederholt und eingeschärft. Insofern wirkt das condemnatorische Urtheil zugleich executorisch (oben S. 241 Anm. 27). Allein ein Rechtsgeschäft wird das Urtheil um desswillen nicht, aus dem im Texte angegebenen Grunde.

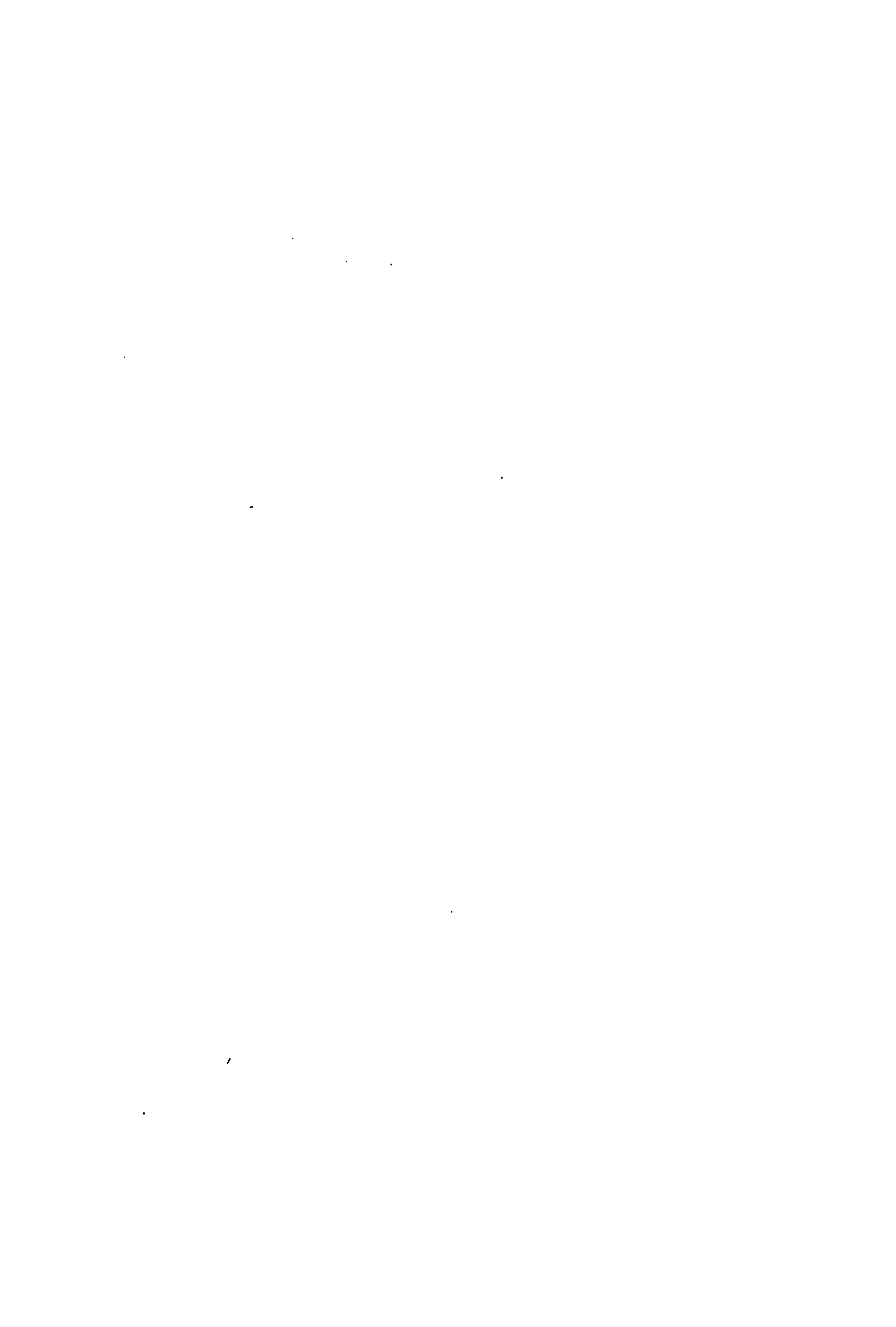
ein Rechtsgeschäft genannt werden könne oder nicht[94]), würde demgemäss dahin zu entscheiden sein: das Urtheil ist niemals Rechtsgeschäft; die Adjudication dagegen ist Rechtsgeschäft, aber kein Urtheil[95]).

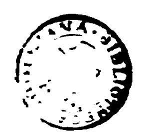
---

[94]) Für die Verneinung: Windscheid, Pandekten, § 69 N. 1 unter 1), Koeppen, Jahrb. für Dogm. XI S. 144, Bekker a. a. O. S. 32, Zimmermann a. a. O. S. 130 A. 164; für die Bejahung Arndts, Pandekten § 63 A. 1.

[95]) In der Sache übereinstimmend: Eisele, Compensation (1876) S. 257.







Weimar — Hof-Buchdruckerei.





